

UNIVERSIDAD DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

La paternidad y la filiación en la legislación costarricense

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Juan de Dios Fernández Rothe

Madrid, 2015

Rd. 54325

TG
137

UNIVERSIDAD CENTRAL DE MADRID

Facultad de Derecho

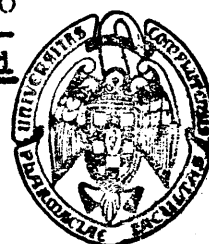
LA PATERNIDAD Y LA FILIACION EN LA LEGISLACION
COSTARRICENSE

--JUAN DE DIOS FERNANDEZ ROTHE--

Licenciado en Derecho y notario Público
por la Universidad de Costa Rica. Miem-
bro del Colegio de Abogados de Costa Ri-
ca.

Dirigida por el Catedrático Dr. D.

Antonio Hernández Gil.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Trabajo de Tesis para optar al Grado de
Doctor en Derecho

I N D I C E

	<u>Páginas</u>
Introducción	5

CAPITULO I LA FILIACION

Conceptos Generales	10
Categorías de Filiación	16
Régimen Tradicional en la Legislación Cos- tarricense	20

CAPITULO II

HIJOS DE MATRIMONIO

Hijos de Matrimonio	27
Presunciones Relativas a la Fecha de Con- cepción	29
Cómputo de los Términos	33
Prueba Contra la Presunción	38
Condición Jurídica de los Hijos concebidos Fuera de Matrimonio y Nacidos en él	45
Condición de los hijos Nacidos después de los Trescientos Días Posteriores a la Di- solución del Matrimonio o a la Separación de los Cónyuges.	48
Título de Estado de Filiación	54
Acción de Impugnación de la Paternidad ..	59
Acción Vindicatoria de Estado	64
Transacción y Compromiso en Materia de Fi- liación	65

CAPITULO III

PRUEBA DE LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MA- TRIMONIO

Prueba de la Filiación de los Hijos de Ma- trimonio	68
--	----

- II -

	<u>Páginas</u>
Posesión Notoria de Estado	71
Otros Medios Probatorios	75

CAPITULO IV

LA LEGITIMACION

Legitimación	79
Filiación de los Hijos Adquirida por Subsiguiente Matrimonio de los Padres.....	84
Situación de los Hijos Caso de declararse Nulo - el Matrimonio Celebrado por sus Padres	87
Desde Cuándo se Adquiere la Condición de Hijo de Matrimonio	89

CAPITULO V

RECONOCIMIENTO

Concepto y su Naturaleza Jurídica	93
Caracteres del Reconocimiento. Voluntariedad ...	101
Debe Ser Acto Expreso	103
El Reconocimiento es un Acto Personalísimo	105
Acto Unilateral	107
Acto Individual	108
Acto Incondicional	108
Acto Irrevocable	109
Acto Solemne	111
Acto Constitutivo e Irretroactivo	112
Reconocimiento en el Derecho Costarricense	114
Cuáles Hijos Pueden Ser Reconocidos?	114

	<u>Páginas</u>
Reconocimiento del Hijo Premuerto	123
Clases y Forma de Llevarse a Cabo el Reconoci- miento	126
Reconocimiento en Testamento	129
Reconocimiento en Escritura Pública	130
Reconocimiento Otorgado ante el Representante - Legal del Patronato Nacional de la Infancia o - de sus Juntas Provinciales	130
Consentimiento del Hijo	132
Reclamo del Reconocimiento	137
Derechos del Hijo Reconocido Espontáneamente o por Sentencia	140

CAPITULO VI

INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

Conceptos Generales	146
La Investigación en Costa Rica	175
Es posible la Posesión de Estado en el "Nasciturus"	200
Término para el Ejercicio de la Acción	214
CONCLUSION	222
BIBLIOGRAFIA	225

INTRODUCCION

El Derecho de Familia considerado tradicionalmente dentro de los límites del Derecho Privado experimenta en los últimos tiempos una evolución notable y adquiere, consecuentemente, una nueva concepción en el Derecho moderno que aún está en proceso de desarrollo.

Día tras día alcanza mayor importancia. La doctrina ya le va reconociendo una individualidad propia; sin dejar de desconocer que éste participa en ciertos aspectos, tanto del Derecho Privado como del Derecho Público. Siendo precisamente en el campo del Derecho Público en donde el Derecho de Familia está sufriendo sus grandes transformaciones, al grado de que ya se le tiene como básico por toda legislación que pretenda llegar a una óptima organización de la sociedad actual. En prueba de esta aseveración indicamos que en las modernas Constituciones Políticas se incorporan principios relacionados con la organización familiar.

Naturalmente que esta individualidad que adquiere,

no significa el pretender llegar a una independencia absoluta, sobre todo del Derecho Privado. No. Creemos sobre este punto como el profesor Cicu, en el sentido que en el estudio del Derecho de Familia no se pueden rechazar los fundamentos y principios que nos proporciona aquél Derecho. (1).

Sobre esas nuevas perspectivas que en el campo de la Paternidad y Filiación está asumiendo el Derecho de Familia en la legislación de Costa Rica, versará esta Tesis Doctoral. Tema que es de por sí amplio, por lo que no pretendo, desde luego, agotarlo recurriendo a estudios históricos y doctrinales exhaustivos, ya que para ello se requerirían voluminosos tomos que rebasan los límites de una tesis doctoral.

Comprendo, por consiguiente, que en este trabajo quedarán muchos aspectos sin comentar; sin embargo se procurará a través del mismo, cumplir el cometido impuesto limitándolo a cuatro aspectos fundamentales que pueden reducirse así:

1^o.- Comentario y análisis de las modificaciones que en el Título de Filiación y Paternidad se han introducido en el Código Civil Costarricense;

(1) "La Filiación". Trad. española, 1^a Edic., p. 9.

2º.- Estudio comparado de tales modificaciones - con el derecho de algunos países europeos y americanos;

3º.- Crítica de la legislación costarricense en sus aspectos vulnerables, bien sea por no guardar -el nueseg tro criterio,- relación con la idea del Constituyente de 1949, o bien por su imprecisa regulación; y

4º.- Propuesta de modificaciones y ampliaciones necesarias.

Una razón más que se ha tomado en consideración en la escogencia del tema como materia de esta Tesis Doctoral, es la de contribuir, en la medida de nuestras capacidades, a que desaparezca del derecho costarricense todo re zago de discriminación odiosa que limite el derecho de toda persona a saber quienes son sus padres, y el poder exigirle a éstos el cumplimiento de obligaciones y deberes - que de tal condición derivan.

No comentaremos tampoco, las causas que dan origen a la existencia de los hijos extramatrimoniales, pues en nuestro concepto éstas obedecen a problemas sociológicos más que jurídicos, y solamente repetiremos que "el mero he cho de vivir en la sociedad de nuestro tiempo y el comercio ordinario de la vida, claramente nos pone de manifiesto. -

cuan generalizado y cuan frecuente es el contacto carnal - ilícito entre personas de todas las capas sociales". (1)

(1) Diego Angulo Laguna, "Condición Jurídica de los Hijos Ilegítimos", 2ª. Edic. Madrid. p. 5.

CAPITULO I

LA FILIACION.

LA FILIACION

CONCEPTOS GENERALES

El parentesco puede señalarse como elemento del estado de las personas, puesto que constituye el lazo indeleble con el que la Naturaleza une a los individuos que proceden de un mismo grupo originado en la comunidad de la sangre, es decir, la familia. Así se llaman parientes a las personas que descienden unas de otras o que descienden de un progenitor común.

A pesar del evidente contacto que parece y debe existir entre las nociones de familia y de parentesco, hay en ambos conceptos diferencias que no se derivan, precisamente, del hecho biológico del nacimiento, sino impuestas por el legislador. Por eso ha de entenderse, que el parentesco como lazo natural es el resultado de la comunidad de sangre, y ha de ser por ende invariable; mientras que la familia como grupo social organizado por el legislador en interés de la comunidad, será siempre variable en virtud de serlo también las reglas que le sirven de sustento.

Es decir, que el fundamento que produce los dos

lazos no es el mismo; lo que origina el parentesco es el hecho natural de la procreación, en tanto que el fundamento productor del lazo familiar tiene, por lo común, como supuesto la ley.

Del parentesco deriva la filiación, conceptos que en el lenguaje corriente tiene igual significación, en tanto que en el lenguaje del Derecho, la palabra filiación - tiene un sentido sumamente limitado, por cuanto se extiende exclusivamente a la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Significando, pues, que en este último sentido la relación de hecho que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra. (1).

La filiación puede considerarse, asimismo, desde dos aspectos diferentes: como hecho natural y como hecho jurídico. En el primer caso siempre existirá, puesto que es hijo de un padre y de una madre. Como hecho jurídico - no sucede lo mismo. El Derecho necesita asegurarse de la paternidad o maternidad, para reconocer luego efectos jurídicos al hecho de la procreación. Y este hecho no interesa solamente por cuanto da lugar a una relación social especial, sino también como causa generadora de los derechos

(1) Planiol y Ripert, Curso Elemental de Derecho Civil, - Edit. Habana, 1949. T. II, p. 557.

y deberes entre procreantes y procreados, que de tal calidad derivan. Sin embargo, la realidad es que el legisla-
dor y la misma sociedad han mostrado mayor interés en la
regulación de la paternidad y de la filiación según los -
sujetos que la integran, que en la regulación de estos -
elementos como fenómenos de la realidad social; pese a -
que nunca se ha ignorado que es sólo un hecho el causante
de tales situaciones: la procreación; no importando la na
turaleza de las relaciones que existan entre los padres,
sean o no derivados de un matrimonio legalmente constituí
do.

Sostenemos el criterio favorable al logro de -
una equiparación jurídica lo más amplia posible, respecto
a la paternidad y filiación, en la que se prescinda de to
da discriminación fundada en la naturaleza de la unión -
que origina el nacimiento de una persona.

El Derecho no debe establecer diferencia alguna
entre las personas por razón de la naturaleza de su origen.
Este es creado para regular las relaciones de las personas
en general, no para regular relaciones de determinadas per
sonas en particular. Por eso, los derechos y obligaciones
que de la paternidad y filiación se derivan deben regir pa
ra todas las personas sin excepción, haciendo abstracción
a la naturaleza de la unión en que éstas fueron procreadas.

Puesto que tales derechos y obligaciones pueden ser traducidos como la expresión pura y simple de una ley natural; por cuanto en todas las especies se aprecia un instinto - imperioso, que obliga a los padres a proteger y alimentar al ser que han creado, durante todo el tiempo necesario - hasta su completo desarrollo y desenvolvimiento indepen-
diente. Esto es necesario, más aún cuando se trata de la especie humana, pues estando en relación directa la obli-
gación que exige la formación del individuo con la eleva-
ción de la especie a que pertenece, el tiempo durante el cual necesita el hombre ser nutrido, protegido y educado, se prolonga varios años. Que los padres falten a esta -
obligación es violar una ley natural que toda buena legis-
lación debe transformar en ley jurídica, sancionándola de
bidamente. (1)

Pero se hace sumamente necesario que el hecho -
productor del lazo de parentesco se establezca con la ma-
yor seguridad -hasta donde pueda ser ésta posible- y faci-
lidad, para que las obligaciones resultantes del vínculo
que este lazo origina no puedan eludirse, razón por la -
que la intervención de la ley en estos aspectos debe asu-
mir un carácter de verdadero deber público. Aún y cuando

(1) Colín y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, -
Tomo 1º, Edit. Reus, 1922, p. 502.

no hay que olvidar que, si bien es cierto, el fenómeno de la procreación es perfectamente claro en cuanto a la madre, no lo es en cuanto al padre. De aquí que el recurso del legislador sea acudir a la presunción de la paternidad, pues en verdad el acto de la procreación sólo puede ser conocido por la mujer -y algunas veces ni por ésta- que ha tenido relación carnal con el hombre.

La determinación de la paternidad ofrece indiscutiblemente menos problemas en relación a su certeza cuando élla es producto de uniones matrimoniales, en cuyo caso rige el principio conocido como "Pater est is quem nuptiae demonstrat", esto es que el padre es el marido de la madre. Mientras que en las uniones extramatrimoniales lo corriente es la incertidumbre porque el momento de la fecundación se realiza dentro del mayor misterio, lo que origina la existencia en muchos casos, de elementos poco precisos para determinar la paternidad. Por eso algunas legislaciones protegen casi exclusivamente la filiación surgida de uniones matrimoniales, por cuanto "el legislador que considera la familia legítima como el ambiente necesario para la mejor obtención de los fines que quiere garantizar, se ve obligado a evitar que la condición dada a los hijos ilegítimos pueda tener como efecto perjudicar a la familia legítima, disminuir su estimación social o debilitar los impul

sos que origina su formación". (1)

Otras legislaciones no desconocen el problema de la filiación extramatrimonial y la regulan en una forma atenuada o equiparándola a la filiación matrimonial.

En forma semejante difiere la doctrina, ya que los tratadistas y comentaristas adoptan una de esas tres posiciones.

Las legislaciones actuales, bien se pueden clasificar a grandes rasgos, en atención a estas tres formas de tratar el problema, de la manera siguiente: (2)

1º.- Legislaciones que mantienen el criterio clásico tradicional, tales como la española, la francesa, italiana, belga, holandesa, chilena, panameña, colombiana y otras más. En algunas de éstas se han introducido reformas que atenúan un tanto el criterio tradicional;

2º.- Legislaciones en que se aprecia una mayor atenuación; las que tienden en algunos aspectos a la casi equiparación entre hijos de matrimonio y extramatrimoniales, entre ellas la alemana, suiza, sueca, noruega, - las de varios Estados Norteamericanos, y la mexicana que

(1) Cicu, ob. cit. ps. 17 y 18.

(2) Clasificación seguida por el Lic. A. Salas Miranda, en su Tesis de Licenciatura "Equiparación Legal de los Hijos Incestuosos, Adulterinos y Sacrílegos".-

es bastante amplia llegando casi a la equiparación y en la cual sólo existen hijos de matrimonio y extramatrimoniales; y

3º.- Legislaciones en que existe equiparación absoluta entre los hijos de matrimonio con los extramatrimoniales, tales como la que establecía la Constitución Política de La República Española de 9 de Diciembre de 1931, el Código de Familia de la Unión Soviética de 1927, la de Cuba, y la que establece actualmente la legislación costarricense en virtud de la promulgación de la Constitución Política de 1949.

CATEGORIAS DE FILIACION

La filiación, como se ha dicho, es la relación entre padres e hijos originada en la procreación; porque se es hijo de un padre y de una madre, siendo esto realmente lo que podemos y debemos denominar filiación "natural", pues esta es la verdadera y única filiación, si hemos de darle a las palabras la idea precisa que ellas invocan.

Sin embargo, las legislaciones han mantenido a lo largo del tiempo diversas denominaciones para los hijos procreados en circunstancias ajenas al matrimonio. -

Comprensible es el hecho de que los hijos nacidos fuera del matrimonio proceden de una unión que no es evidente, esto es, que son procreados con omisión de las condiciones que exige la ley, en otros términos, son procreados ilegalmente. Pero estos hijos, que en cuanto a tales no debieran tener denominación especial, pues la circunstancia o hecho formal del matrimonio nada intrínseco lleva a la generación, son por lo común llamados naturales con evidente impropiedad, toda vez que los llamados legítimos, también lo son. A tales hijos se les llama además "ilegítimos", subdividiéndose éstos en adulterinos, incestuosos, sacrílegos, mánceres; acepciones todas igualmente inadecuadas, ya que a los que así debieran denominarse es a los padres que se procuran descendencia fuera de las condiciones legales, pero no a los hijos que son consecuencia inocente de los actos de aquéllos. Y lo más grave aún, es que de acuerdo con la categoría a que pertenece el hijo, se le atribuyan diferentes proyecciones jurídicas, según las legislaciones y el criterio que en su elaboración ha predominado.

La clasificación bipartita de hijos de matrimonio e hijos extramatrimoniales, parece ser la que se está imponiendo en las legislaciones modernas, por ser la que tiende a eliminar las calificaciones de ilegítimo, - natural, adulterino, incestuoso, sacrílego, etc., califi

caciones que no son otra cosa que el sello aprobioso que, al amparo de la ley, la sociedad otorga a gran cantidad de seres humanos como sanción a un nacimiento irregular. Cómo si estas personas fueran las culpables de tal irregularidad! No se encuentra una razón poderosa para sancionar de por vida a quien no es causa del hecho perturbador de la armonía social. ¿No sería más lógico y más de acuerdo con la razón de ser del Derecho, que la sanción recayera sobre los padres, verdaderos culpables de tales concepciones?. No existe, por lo tanto, ninguna razón filosófica ni jurídica para mantener una situación oprobiosa en contra de seres inocentes. "No puede ser más fuerte la ley humana que la Ley de la Naturaleza que es siempre la misma para la generación humana". No se nace legítimo o ilegítimo, en razón de la Naturaleza, sino por virtud de las clasificaciones de las leyes humanas, que por cierto resultan ya anacrónicas dadas las orientaciones modernas que persiguen una mayor justicia social, precisamente inspiradas, en la dignificación de la personalidad humana.

Cierto es, que si bien con la división bipartita no se desconoce la realidad jurídica del hecho de nacerse de padres unidos en matrimonio, tampoco se desconoce la realidad de nacimientos ocurridos en virtud de uniones irregulares. Lógico es que se conceda, mayor solidez

a la filiación surgida del matrimonio, fundamento y base legal de la familia jurídicamente organizada, pero atemperando al mismo tiempo el rigor que a través de los años ha pesado sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio. Algunas legislaciones llegan a prohibir, por este motivo, toda calificación en cuanto a la naturaleza de la filiación de las personas, y aún van más allá, al traducir este principio a la categoría de garantía constitucional. (1).

Con lo expuesto anteriormente ya se puede dar un concepto, sin detenernos en su análisis, de las diversas categorías de hijos que han sido creadas en las legislaciones, advirtiéndolo que como fieles partidarios de la división bipartita y por ser ésta la que acoge el Código Civil de Costa Rica, nos referiremos a ella en adelante, ya que en cierta forma será el tema de nuestro estudio.

FILIACION LEGITIMA: Es la que surge de padres unidos en matrimonio. Presupone la unión matrimonial legalmente constituida. Pero es preciso que el matrimonio sea anterior a la concepción o nacimiento del hijo, de lo contrario la filiación sería "legitimada", de la que hablare--

(1) Artículo 54 de la Constitución Política de Costa Rica de 1949.

mos con mayor amplitud al contemplarla en nuestro Código.

FILIACION NATURAL: Procede de padres que en la época de la concepción del hijo estaban en aptitud legal para contraer matrimonio por no existir ningún impedimento; y, aun que existiendo, hubiese podido ser éste dispensable.

FILIACION ILEGITIMA; Comprende las llamadas filiaciones - adulterinas e incestuosas y en algunos países la sacrílega. Que surgen, por su orden, de aquellas uniones en que los padres no pueden contraer válidamente el matrimonio, - por existir una unión conyugal no disuelta en uno de ellos; por existir parentesco entre ambos padres en el grado en que es prohibido el matrimonio; y por concurrir en uno o en ambos padres, impedimento a contraer las nupcias en razón de hallarse ligados a un voto de castidad a la Iglesia Católica.

Finalmente están los hijos mánceres, cuya madre es prostituta reconocida.

REGIMEN TRADICIONAL EN LA LEGISLACION COSTARRICENSE

El influjo del Código Napoleón fué determinante en nuestro ordenamiento jurídico en 1888, como sucedió con la mayoría de las legislaciones que surgieron con posteriori

ridad a dicho Código. Pero tampoco nosotros podíamos sustraernos a las innovaciones que en la legislación española se introducían. Pues es lo cierto, que desde tiempos de la Colonia nos regían las leyes de España, trasplantadas literalmente a nuestro medio, leyes que aún siguieron en vigencia mucho tiempo después de ocurrir nuestra Independencia. Herencia jurídica -justo es reconocerlo- que todavía no cesa en nuestras Instituciones, en las que corrientemente se trata de adaptar las nuevas corrientes que se producen en la Madre Patria.

Fueron éstas las dos grandes corrientes jurídicas en que se inspiró el Proyecto de Código Civil salido del bufete del Lic. Antonio Cruz, (1) en cuya redacción tomaron parte, además, algunos distinguidos juristas costarricenses; Proyecto que en 1888, rigiendo los destinos del País el Presidente don Bernardo Soto, fué puesto en vigencia. Siendo - en consecuencia éste el Cuerpo de Leyes, que con algunas reformas parciales nos ha venido rigiendo hasta nuestros días.

Así pues, las normas que en materia de filiación y paternidad estuvieron en vigencia en Costa Rica, fueron una adaptación de las disposiciones españolas y francesas, algunas de las cuales todavía subsisten en éstas, y cuyo in

(1) Jurista Guatemalteco que vivió muchos años en Costa Rica.

flujo continúa palmario en nuestro Código.

El régimen que en materia de paternidad y filiación puso en vigencia el Código de 1888, no fué ni más ni menos el que en líneas anteriores se ha considerado como clásico tradicional. En él aparecían las diversas categorías de hijos haciéndose las respectivas diferencias según hubiese nacido legítimo, natural, adulterino o incestuoso. El hijo legítimo tenía el goce y disfrute de todos los derechos inherentes a la paternidad y filiación. En tanto que el natural tenía sumamente restringido el derecho a saber quienes eran sus padres; y de haber sido reconocido por su padre solamente tenía derecho a participar del caudal sucesorio abintestato, en defecto de hijos legítimos. Los ilegítimos sí podían entrar en la sucesión abintestato de su madre en igualdad de condiciones que los legítimos si los había; pero si éstos no hubiesen sido reconocidos por su padre, en los casos en que el reconocimiento era permitido, no podían llevar más que el primer apellido de su madre. La ley de Pensiones Alimenticias N.º 10 de 6 de junio de 1916 regulaba con criterio semejante su régimen.

Varios intentos de reforma en pro de una legislación más equitativa fueron infructuosos. No fué sino a partir de 1931, en la Ley N.º 15 de 14 de Agosto, que comienza a concretarse el movimiento de equiparación. Ya en di-

cha ley se le permite al hijo ilegítimo usar los dos apellidos de su madre; también se le permite al hijo natural reconocido suceder abintestato a su padre, aún en concurrencia con los hijos legítimos de aquél, pero a condición de que - existiendo esta concurrencia sólo tendrá derecho a heredar la mitad de lo que perciben los hijos legítimos.

En el sistema clásico tradicional se les impedía a los padres el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos adulterinos e incestuosos; tampoco podían estos hijos exigir alimentos a sus padres. Cabe decir, que como lógica consecuencia de las disposiciones de los artículos 118 y 125 del Código Civil de 1888 estas categorías de hijos estaban totalmente abandonados, pese aún a la Reforma que introdujo la Ley nº. 25 de 1 de junio de 1940 a la Ley de Pensiones Alimenticias ya citada.

"Al prohibir al padre o a la madre adulterinos -dice el Lic. Salas Miranda comentando aquella legislación-, reconocer a sus hijos para ejercer la patria potestad, que es hoy el trato benévolo y la protección encaminados a hacer del hijo un elemento útil a la sociedad en que vive, - rompe la función social que debe estar por encima de todos los conceptos inquisitorios que todavía hoy tratan de regular a las sociedades".

"El delincuente, -agrega- sea cualquiera su deli

to, sabe que su condena tiene su fin, y puede luego reintegrarse a la sociedad que lo castigó; en cambio, al ser inocente, producto del delito de sus progenitores, se le condena de por vida, haciéndole un traspaso de la pena que no le fué impuesta a sus padres quienes gozan de la protección de la sociedad y de las leyes que le niegan al adulterino y al incestuoso el derecho de buscar sus padres..." (1)

Como consecuencia del triunfo de la Revolución - ocurrida en nuestro país en 1948 fué preciso dictar una nueva Constitución Política que entró en vigencia el 8 de Noviembre de 1949. En dicha Carta Política se elevaron a la categoría de "Garantías Constitucionales" cuatro principios que dieron al traste con el régimen tradicional que en materia de paternidad y filiación habían regido hasta ese momento en Costa Rica. Dichos principios son los siguientes:

Art. 51.- La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desvalido.

Art. 52.- El matrimonio es la base esencial de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges.

(1) Tesis cit. Revista del Colegio de Abogados de C. Rica N^o. 84, Dicbre. de 1954. p. 382.

Art. 53.- Los padres tienen con sus hijos habidos fuera de matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres conforme a la ley.

Art. 54.- Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación.

La Asamblea Legislativa que se estableció el día que entró en vigencia la nueva Constitución Política, se vio precisada a reformar la legislación civil imperante para armonizarla con los nuevos postulados Constitucionales.

Por Ley Nº. 1443 de 21 de Mayo de 1952 se promulgaron las reformas correspondientes a nuestro Código Civil, las cuales aún están en proceso de desarrollo. Pues creemos que el legislador actuó con ligereza en su elaboración, al extremo que en ciertos casos parece haber procedido contra el principio Constitucional que regulaba, y en otras hay impresión. Pero esto no quiere decir que nuestro régimen no haya sufrido una laudable y equitativa transformación.

Las páginas siguientes las dedicaremos por entero al análisis de las nuevas disposiciones que nos rigen, siguiendo para su desarrollo el orden impuesto por la articulación del Código Civil Patrio.

C A P I T U L O I I

HIJOS DE MATRIMONIO

HIJOS DE MATRIMONIO

El Capítulo primero, Título quinto, del Libro Primero del Código Civil costarricense, intitulado Hijos de Matrimonio, se denominaba con anterioridad a la reforma de - que se ha hecho mención, de "La Filiación Legítima".

Esta "categoría" de hijos presupone el matrimonio de los padres y para tenerla se requiere haber sido procreado en virtud de las relaciones sexuales de dos esposos. Tiene pues, como presupuesto, la existencia del lazo matrimonial entre las dos personas de las que se pretende nacido el hijo.

Desde el punto de vista de su demostración puede apreciarse que existe diferencia entre la maternidad y la paternidad. La maternidad es el resultado de un hecho material: el parto de la mujer casada, hecho cuya comprobación es factible de hacerse directamente. (Dejamos a salvo el caso de la comprobación de la identidad del hijo). La paternidad, en cambio, resulta de hechos cuya prueba directa es imposible suministrar. De modo, que para establecer la paternidad de una persona, no basta con probar que ha tenido relaciones sexuales con la madre del hijo en la época

ca probable de la concepción; es preciso, además, que haya sido el único varón con quien la madre haya tenido esas relaciones. Razón por la cual el establecer la paternidad sólo puede resultar de ciertas presunciones. "El hecho de la paternidad no se funda nunca en pruebas propiamente dichas, sino en posibilidades, en verosimilitudes más o menos significativas a las cuales el interés social impone que se dé fe". (1)

Nuestro Código Civil se separa en este aspecto - del Código Napoleón y se acoge a la legislación española, -con la respectiva diferencia de terminología- limitándose a manifestar cuales son los hijos que se presumen habidos en el matrimonio. Ya que de no establecerse tal presunción, el Legislador se introduciría en campos vedados por la Ley Natural, hasta el momento no conocidos por la Ciencia.-

La paternidad de un hijo concebido en matrimonio se designa mediante la concomitancia de varias presunciones, tales como la de cohabitación, la de fidelidad, período de gestación y voluntad de la persona directamente interesada en la certeza o inexactitud de tal presunción. La primera supone la existencia de relaciones sexuales entre la

(1) Colin y Capitant, ob. cit. T. I, pág. 506.-

mujer y su marido; la segunda, que esa mujer casada no ha tenido relaciones sexuales con nadie más que con su marido; la tercera se refiere a las posibilidades máximas o mínimas que puede durar el período de gestación en el vientre materno; y la última que decimos es dependiente de la voluntad de la persona, por cuanto la ley señala los casos en que un hijo concebido fuera del matrimonio pueda considerársele como hijo de matrimonio en virtud de la institución de la legitimación; pues como lo hace notar admirablemente Muscius Scaevola, "En realidad se distinguen dos clases de legitimidad: la natural, determinada por el tiempo de vida probable intratuterina, y la que pudiéramos llamar legal en sentido estricto, porque aparece establecida, no con relación a circunstancias normales de la Naturaleza, sino por precepto de la ley." (1)

El Código Civil costarricense contempla en este Título estas presunciones que desarrollaremos de conformidad con el orden de su articulación.

PRESUNCIONES RELATIVAS A LA FECHA DE LA CONCEPCION

Artículo 100.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde

(1) Ob. cit., T. 3º, p. 287.

su celebración o desde la reunión de los cónyuges legalmente separados, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento".

La cuestión de la fecha de la concepción puede originar problemas relacionados a los hijos nacidos al comienzo del matrimonio o de la reunión de los cónyuges cuando han vivido separados; o bien, después de disolverse el vínculo matrimonial o de declararse judicialmente la separación de los cónyuges.

Constituyendo, como se ha dicho, un arcano impenetrable la fecha exacta de la concepción, la Ley tiene que partir de supuestos para determinarla. Pero estos supuestos relativos a la fecha probable de concepción, que se toman en cuenta a partir del nacimiento, no son arbitrarios. Tienen su fundamento en lo que constituye la normalidad en infinita variedad de casos. Si bien es cierto que la normalidad la constituye, por lo general, gestaciones de nueve meses de duración, también lo es el de gestaciones menores o mayores a ese término. Razón por la cual el legislador amplía los términos a un mínimum y a un máximum. En cuya de-

terminación se sigue al Derecho Romano (Digesto, ley 3ª, -
tít. 16, libro 38) que también fué consignada en Las Par
tidas (Partida 4ª, tít. XXIII, ley 49) de la siguiente for
ma: "Ipocras fué un filósofo en arte de la física, e dijo
que lo más que la mujer preñada puede traer la criatura en
el vientre son diez meses... Otro sí dijo este filósofo -
que la criatura que nasciese fasta en los siete meses, que
sólo que tenga su nacimiento un día del seteno mes, que es
complida y vividera..."

Estos plazos se han seguido repitiendo en las legis
laciones modernas, pues merecen la aceptación de la Gineco
logía y la Embriología. (1)

De acuerdo con el artículo 100 de nuestro Código -
Civil, el nacimiento de un hijo ocurrido después de ciento
ochenta días de la celebración del matrimonio o de la reu
nión de los cónyugas, y antes de los trescientos días des
pués de su disolución se tendrá como el resultado de una -
cohabitación legítima. "Esta presunción es absoluta. Así,
un hijo nacido trescientos días, es decir, cerca de diez -
meses después de la muerte del marido, se considerará como
hijo póstumo de éste: para excluirlo de la familia legíti
ma será preciso intentar la acción de denegación. !Esto -

(1) Sin embargo, el artículo 1593 del Código Civil alemán,
extiende el límite máximo a 302 días.

aunque las particularidades fisiológicas del hijo y los incidentes del embarazo, no permitan dudar al médico o a la partera de que el nacimiento ha tenido lugar después de siete meses de gestación solamente" (1)

Hay que reconocer que estos períodos de la presunción no son aceptados, definitivamente, por los tratadistas, quienes hacen tema de discusión sobre el punto. Los médicos especialistas coinciden perfectamente en que el menor tiempo que necesita el feto para que pueda vivir extrauterinamente son seis meses y que el máximo no se prolonga por más de diez. Como curiosidad puede agregarse que varias personalidades en el campo de la medicina comentan casos en los cuales esa regla de la naturaleza no ha sido observada, y hacen cita de partos tardíos de once meses. Pero tales son partos anormales; fenómenos esporádicos, insuficientes para desvirtuar la regla general.

En doctrina se comenta mucho una famosa resolución del Parlamento francés, la cual consideró legítimo un hijo nacido después de diecisiete meses de muerto el marido de su madre. "Semejante antecedente no merece mayor comentario!

La legislación de Guatemala permite la prueba de -

(1) Colin y Capitant, Ob. cit. T. I, p. 518.

legitimidad de los hijos nacidos después de los trescientos días de disuelto el matrimonio, si se probase por medio de peritos que, según las condiciones fisiológicas o patológicas de la madre, el hijo pudo nacer después de ese termino. Principio sumamente encomiable que debería ser adoptado por toda buena legislación.

COMPUTO DE LOS TERMINOS

Dos cuestiones nos presenta el artículo 100, con relación al procedimiento que se ha de seguir para el cómputo de los términos de la presunción.

En la doctrina francesa, dada la redacción un poco confusa del artículo correspondiente del Código Napoleón, se ha discutido mucho si estos términos debían contarse de día en día o de hora en hora, esto es si debe seguirse el cómputo natural o el civil. Con el primero el día debe ser contado como un período de 24 horas desde el momento de la celebración o de disolución del matrimonio, es decir, que los días se cuentan de hora en hora. En el segundo, el día se considera como el espacio de tiempo comprendido en el intervalo de 24 horas, contadas de media noche a media noche.

La opinión predominante es la que el cómputo civil

y no el natural, es el que debe prevalecer en este caso, por el hecho de que ordinariamente es imposible fijar el momento preciso en que se inicia el transcurso del término. Sin embargo, hay quienes sostienen con justa razón, - que cuando consta legalmente el momento de producirse un hecho, la computación debe ser la natural.

En la jurisprudencia francesa también se ha manifestado el conflicto. Así, el Tribunal de Casación, en Sentencia de 8 de febrero de 1869, se pronunció en favor de la computación por días, "teniendo en cuenta que en el lenguaje del Derecho lo mismo que en la acepción usual, la palabra día no se entiende más que el intervalo de veinticuatro horas que, comprendido entre dos noches, se distingue por su nombre en la semana y por su numeración en el mes; y que esta es una regla general y constante para determinar, por un número de días así definidos todos los plazos que se componen de un cierto número de días". Entretanto que los Tribunales de Apelación y los Civiles se pronuncian, por lo general, en sentido contrario, aún después de dictarse la anterior sentencia, porque estiman "que el cálculo de momento a momento es más racional, y que por su flexibilidad traduce mejor el espíritu de la ley".

Entre nosotros, como en la legislación española, - no surge tal problema ya que el Código lo resuelve de ante

mano al hablar de "días" contados desde su celebración... y no de "momento" de su celebración, por lo que el cómputo - será el civil.

La segunda cuestión que puede surgir, es con respecto a la computación del término máximo y el término mínimo entre los cuales se presume concebido el hijo dentro del matrimonio. Es decir, si debe o no incluirse en el - término ambos días. El asunto da lugar a diversas hipótesis, así, si se incluyen en el cómputo ambos días tenemos: el primero es el día de la celebración o disolución del - matrimonio, o reunión o separación de los cónyuges, añadiendo a éste 179 ó 299 días, resultaría que el 180 día sería el primero que el hijo podría nacer como de matrimonio y el 300 el último. En el caso contrario, se excluirían - en la computación del término ambos días; de modo que el - primer día es el siguiente a la celebración, disolución, - reunión o separación, esto es, que el 180 no sería el primer día en que el hijo pueda nacer como de matrimonio, ni el 300 el último, quiere decir que el período comprendería 181 y 301 días.

También puede presentarse el caso de que se excluya de la computación el término mínimo y se incluya el término máximo, en este supuesto el primer día del término - mínimo se computaría después del 180 día, sea el 181 día; y el último sería el 300 día. Esta situación puede presentar

se a la inversa.

En la doctrina francesa se manifestó la discusión con respecto al cómputo de ambos términos; algunos autores han sostenido que en favor de la legitimidad deben incluirse el día inicial y el final, otros que debe incluirse el día del período mínimo y excluirse del cómputo el día del período máximo. En defensa de este último criterio se arguye, que el Legislador bastante hizo en favor de la legitimidad al rebasar en la fijación de tales períodos, los términos que la ciencia admitía.

Sería por demás detenernos en el examen de la doctrina francesa, por cuanto el Código Civil de Costa Rica sigue en este aspecto al Código español, (artículo 108) como lo hace la mayoría de las legislaciones de hispanoamérica, separándose, por consiguiente, en una pequeña variante de dicción del Código francés. Así, la exclusión del día de la celebración en el término mínimo en la legislación costarricense, se desprende de la regla que nos proporciona el artículo que comentamos, el cual se refiere a los hijos nacidos después de ciento ochenta días, contados desde la celebración del matrimonio o desde la reunión de los cónyuges legalmente separados, deduciéndose claramente que el día de la celebración o de la reunión no debe computarse.

Con relación al cómputo del período máximo, nuestra ley lo establece "dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada"; de modo que, ~~según nuestro~~ ~~criterio~~, debe ser reputado como hijo de matrimonio aún al nacido el 300 día de ocurrido uno de los supuestos que se mencionan.

Tales argumentaciones pueden ser reforzadas acudiendo a otras disposiciones del citado Cuerpo de leyes. - Así, por ejemplo, el artículo 102 viene a resolver la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Por lo que de la simple interpretación literal de esas dos normas (artículos 100 y 102) fácilmente se llega a inferir que, en el caso contemplado por la primera, el Legislador ha excluido la posibilidad de que el indicado término de ciento ochenta días posteriores a la celebración del matrimonio o de la reunión de los cónyuges, se compute antes de haber transcurrido el último; mientras que la siguiente, que por otra parte es de excepción, señala los casos en que se puede tener como hijo de matrimonio, al nacido dentro de los ciento ochenta días. En cuanto al término máximo, también reforzamos nuestro criterio con el artículo 107 del indicado Código, disposición que viene a establecer que la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la diso

lución del matrimonio, podrá contestarse por cualquier persona a quien perjudique tal filiación.

PRUEBA CONTRA LA PRESUNCION

La paternidad es uno de los presupuestos de la filiación de "hijo de matrimonio", pero como ha quedado ex puesto, es imposible demostrarla por medios directos de prueba, por este motivo las legislaciones en forma expresa o implícita acogen la presunción de paternidad, según la cual se tiene por padre al marido de la madre. Presunción que ya consignaba el Digesto (2, 14, 5) en la fórmula "pater est is quem nuptiae demonstrat", y que fué sancionada expresamente en el artículo 312 del Código Napoleón. En nuestro Código Civil este precepto se encuentra acogido im plícitamente en el art. 100, lo que igualmente sucede en el Código español (art. 108).

Esta presunción la fundamenta la doctrina en los deberes de convivencia y fidelidad de los cónyuges y tiene carácter de "juris tantum" puesto que esos deberes pueden faltar en la mujer, y entonces el marido puede probarlo, aunque si bien es cierto que para su comprobación los medios están rigurosamente limitados. Al efecto, dispone el aparte segundo del art. 100 de nuestro Código Civil: "contra esta

presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso con su mujer en los primero ciento veinte días que precedieron al nacimiento". Es decir, que el período en que debe ocurrir la imposibilidad física del marido ha de ser en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento. "En efecto, descontando ciento veinte días, quedan sólo ciento ochenta para el nacimiento, que ocurrido en ese plazo, cae fuera de la presunción de legitimidad, puesto que no fué posible la concepción después del día ciento veinte, sino antes, cuando no era factible la cohabitación del marido". (1)

Nuestro Código se refiere concretamente a la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer. En el Derecho español, algunos comentaristas extienden el concepto de imposibilidad física, al de impotencia del marido anterior al matrimonio, ya que lógicamente cuando la impotencia es absoluta existe imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer.

Sin embargo, para nosotros, que en el particular seguimos al Código Napoleón, no nos es posible incluir la impotencia del marido anterior al matrimonio, como hecho -

(1) Manresa, "Comentarios al Código Civil Español". T. 1º 7ª. Edic., Edit. Reus, p. 654.

que puede constituir la imposibilidad física de cohabitación, ya que expresamente se contempla tal supuesto en la forma que veremos enseguida. Por lo tanto, tenemos que concluir que la imposibilidad física a que se refiere nuestro Código, se concreta al poder demostrar con cualquier medio probatorio el haber estado el marido lejos del domicilio conyugal, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al matrimonio.

El Artículo 101, dispone que: "La impotencia del marido anterior al matrimonio no puede ser alegada para impugnar la paternidad del hijo". Tal disposición se consiguó en el Código Napoleón de donde fué trasplantada a nuestro Código. Los civilistas divagan sobre la razón de ser de tal norma, y la fundamentan en diversos aspectos. Para algunos, no es más que la sanción de la ley impuesta al marido por haber ocultado temerariamente a su mujer tal defecto. A lo que se responde, que no siempre es posible que exista ocultación por parte del marido, puesto que es perfectamente factible que su impotencia le sea desconocida. Además, dado el carácter de la institución, no parece nada aceptable, que la paternidad pueda ser atribuida a hombre alguno a título de pena.

Al respecto dice Saulle, quien concuerda con Demolombe y Vallete comentando al Código Napoleón: "Si bien

es verdad que la mujer a quien su marido ha ocultado la impotencia ha sido víctima de un engaño lo cual le autoriza a pedir la nulidad del matrimonio, no es menos cierto que la falta del marido no le concede el raro privilegio de tener hijos legítimos que realmente son adulterinos, y de imponer así, a manera de castigo, a su marido la paternidad de ellos". (1)

Otros autores ven el origen de tal disposición - en el hecho de que la prueba de impotencia natural es imposible o muy escabrosa de aducir y practicar. (2) Opinión que nos merece mayor fundamento y que compartimos.

Ahora bien, interpretando a "contrario sensu" la disposición del artículo 101, todo parece indicar que el - Legislador permite la posibilidad de impugnar la paternidad del hijo, cuando la impotencia sea posterior al matrimonio. Es decir, que no se trate de impotencia natural, sino de impotencia accidental, con tal de que se produzca luego de la celebración del matrimonio, pues en tal caso aunque la prueba siempre tendrá carácter de escabrosa, por la naturaleza en sí del hecho, ésta puede limitarse a la demostración del accidente que produjo la perturbación material de los órga-

(1) Citado por Manresa. Ob. cit. T. I, p. 651.

(2) Colin y Capitant, Ob. cit. T. I, p. 557.

nos, sea por causa de herida, mutilación, castración, operación quirúrgica, etc.. Sin embargo, los autores Colin y Capitant, creen que cuando la impotencia es accidental, se haya producido antes o después del matrimonio dará siempre derecho al marido a entablar la acción por denegación de la paternidad (1).

En todo caso, creemos que en el derecho costarricense la impotencia anterior o posterior al matrimonio podrá aducirse como prueba aceptable por nuestros Tribunales, cuando se dan los supuestos del artículo 103 del Código Civil patrio, que dice: "El adulterio de la mujer no autoriza al marido para desconocer al hijo; pero si prueba que hubo adulterio durante la época en que pudo verificarse la concepción, se admitirá al marido la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a demostrar su no paternidad. Sólo el marido puede proponer la prueba directa de adulterio". Así, pues, probado el adulterio de la mujer durante la época probable de la concepción, podrá el marido aducir toda clase de prueba en rechazo de su paternidad, siendo factible de aducirse, naturalmente, la de la impotencia, - ya sea ocurrida con anterioridad o con posterioridad al matrimonio.

(1) Colin y Capitant. Ob. cit. T. I, p. 557.

El último artículo transcrito, merece que le dediquemos mayor atención. Se expuso claramente en líneas anteriores, el misterio que encierra al acto de la generación, al extremo que para determinarse la paternidad la ley parte de "presunciones", las que en cierta forma vienen a constituir un modo de protección que el legislador brinda en favor de la filiación del hijo de matrimonio. Pero esa protección no puede conducir a extremos chocantes que atenten contra la moral familiar y hagan dudar de la institución protegida.

El factor tiempo, como se aprecia, no es por consiguiente el único que mueve al legislador a establecer la presunción de paternidad; está también el factor de fidelidad por parte de la mujer, que debe ser tomado sumamente en cuenta por toda buena legislación. Por eso creemos, - que siendo el adulterio de por sí constitutivo de un hecho afrentoso, no sólo a la moral pública, sino también al respeto y al buen ejemplo que debe reinar en el seno familiar, el obligar al marido, quien ha sufrido la bochornosa afrenta, a tener por hijo a quien puede ser el fruto del amor ilícito de su mujer, está fuera de toda consideración moral y humana. (1).

(1) "La paternidad es un arcano, un misterio que hasta ahora la ciencia ha tratado en vano de explicar. Su única solución se hallará el día que se consiga individuali-

El Código Civil costarricense sigue en parte, el criterio sustentado en el Código francés, seguido también, entre otros por el Código italiano (art. 235), mejicano - (art. 326), etc.

En cuanto al desconocimiento de la paternidad por causa de adulterio de la mujer únicamente será el marido - quien pueda proponer la prueba del hecho.

El legislador procura, en lo posible, salvar la condición de hijo de matrimonio, evitando que simples manifestaciones de los padres, lanzadas quizás en momentos de arrebatos u obtenidas por la fuerza, sean suficientes para variar la condición legal del hijo inocente, porque su estado civil no debe hallarse a merced de las pasiones de sus padres. Nuestro Código, siguiendo el buen criterio que nos proporcionan otras legislaciones, viene a determinar - en su artículo 243, que "Siendo el hijo nacido durante el matrimonio, o en tiempo en que legalmente deba reputarse - nacido dentro de él, no puede ser admitida en el Registro Civil declaración en contrario, aunque la madre diga que -

zar la concepción; esto es, precisar la persona que de terminó ésta. En tanto que así no suceda, cuantas presunciones se establezcan serán no más que lo que la misma palabra indica: meras hipótesis y principios, puramente convencionales, sobre los cuales se destacará la honradez de la mujer, exclusiva salvaguardia del honor del marido". (Musius Scaevola., Ob. citd. T. III, p.292.

el hijo no es de su marido, o éste afirme que el hijo no es suyo". No basta la simple manifestación de los padres para desvirtuar el estado del hijo, es necesario para tal efecto, que se establezca la acción correspondiente ante los Tribunales, los que en todo caso, serán quienes digan la última palabra al respecto, puesto que los derechos de familia claramente se comprenden entre los que están fuera del comercio de los hombres.

CONDICION JURIDICA DE LOS HIJOS CONCEBIDOS FUERA DE MATRIMONIO Y NACIDOS EN EL.

Se ha dicho que la paternidad de un hijo concebido en matrimonio se designa mediante la existencia de varios supuestos, a los que la ley les concede el valor de presunciones "juris tantum". Hasta el momento se analizaron las presunciones de cohabitación, de fidelidad y la del período de gestación; nos queda solamente por estudiar, la dependiente de la voluntad de la persona directamente interesada en la certeza o inexactitud de la paternidad, lo que haremos seguidamente, advirtiéndole al mismo tiempo que su estudio será completo cuando tratemos de "la legitimación".

Al comentar el artículo 100 del Código Civil Pa-

trio quedó expuesto, que el período legal de la concepción comienza una vez transcurrido el ciento ochenta día siguiente a la celebración del matrimonio. De modo que es evidente, que el hijo nacido dentro de esos primeros ciento ochenta días fué concebido fuera del matrimonio de sus padres; por lo cual debe ser considerado como extramatrimonial, - puesto que la concepción dentro del matrimonio es la base legal que proporciona la legislación para llegar a determinar la filiación.

Sin embargo, nuestro Código que sigue los antecedentes que establecen otras legislaciones, se pronuncia en favor del hijo al concederle la condición de matrimonial - cuando concurren determinadas circunstancias. Así, dispone el Artículo 102, que "la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días después de la celebración - del matrimonio no puede impugnarse.

1º Si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento de la preñez de su mujer;

2º Si estando presente consintió en que se tuviera como suyo al hijo, en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil; y

3º Si de cualquier otro modo lo reconoció por -

tal. (1) (2)

Comentando el artículo 314 del Código francés, - que consigna la doctrina que se comenta, dice Demolombe - que "el hijo nacido antes de los ciento ochenta días es legítimo de pleno derecho mientras el marido no lo rechaza, bastando el silencio de éste para que el nacido conserve - su legitimidad adquirida por el solo hecho de nacer en el matrimonio". (3) Dicho artículo le concede al marido, en

-
- (1) Espín Cánova, comentando el Artículo 110 del Código Civil Español, bastante semejante a nuestro artículo 102, nos dice: "El fundamento de este precepto que - aparece como contrario a la doctrina general sentada por el artículo 108, se ha pretendido encontrar en - diversas teorías que giran en torno a si el hijo na- ce legítimo o más bien legitimado. En nuestra doctri- na se sostiene: a) que se trata de un caso de verdade- ra legitimidad, favorecida por el texto terminante del artículo 110 (Manresa, De Buen); b) que se trata de - una legitimidad sui generis, por nacer legítimo, pero siéndole de aplicación no las reglas de la legitimidad de origen, sino las de la legitimación (Giménez Arnau); c) que se trata de legitimación y no de legitimidad - originaria, porque los tres casos del artículo 110, - implican un reconocimiento expreso o tácito por el marido de su paternidad, por lo que dicho artículo "se refiere en consecuencia, a supuestos de filiación na- tural, reconocida y legitimada, por subsiguiente ma- trimonio, desde antes de nacer" (Royo) (Diego Espín - Cánovas, Manual de Derecho Civil Español, Edit. Revis- ta de Derecho Privado, Madrid, 1956, T. IV, p. 216)."
- (2) El Código alemán se separa de la doctrina general al disponer en su artículo 1591, in fine, que "Se presu- me en caso de duda que el marido cohabitó con la mujer en la época de la concepción. Si este tiempo fuese - anterior a la celebración del matrimonio, no prevale- cerá la presunción, salvo que el marido hubiere muer- to sin haber impugnado la legitimidad del hijo.
- (3) Citado por Manresa, Ob. cit. T. I, p. 660.

términos generales, la facultad de rechazar al hijo nacido en tales condiciones (salvo los casos de excepción que indica), y no haciendo uso de tal facultad, la ley interpreta su silencio por reconocimiento. Nuestro Código no establece tal facultad en esos términos, limitándose a formular la presunción de hijo de matrimonio cuando el marido realice alguno de los actos que la indicada disposición señala, siguiendo, al menos en la forma, al Código español. (art. 110).

CONDICION DE LOS HIJOS NACIDOS DESPUES DE LOS TRESCIENTOS DIAS POSTERIORES A LA DISOLUCION DEL MATRIMONIO O A LA SEPARACION JUDICIALEMENTE DECRETADA DE LOS CONYUGES.

El artículo 107 del Código Civil Patrio viene a regular en forma bastante concisa, la condición del hijo nacido después de los trescientos días de disuelto el matrimonio, de modo que dicha disposición hay que completarla e interpretarla a contrario sensu con la norma del artículo 100 del indicado Cuerpo Legal, ya que dispone:

"La paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podrá constestarse por cualquier persona a quien perjudique la filiación del hijo".

La primera duda que surge de la redacción del artículo que se transcribe, es si el Legislador quiso excluir expresamente de tal precepto, al hijo nacido después de los trescientos días siguientes a la separación judicialmente decretada de los cónyuges. Por nuestra parte creemos que no. La situación del hijo nacido en estas condiciones es semejante a la del nacido después de ocurrir la disolución del vínculo matrimonial en el plazo en referencia. (aunque si bien es cierto que en este caso, puede producirse la reconciliación de los cónyuges, lo que hace variar, lógicamente la condición del hijo). Deducción a que llegamos interpretando "por paridad de razón" la norma que se comenta - con la del artículo 100.

Ahora bien, el hijo nacido después de los trescientos días de disuelto el vínculo matrimonial o de declararse la separación judicial de los cónyuges, cae fuera del período legal en que se presume tener la condición de hijo de matrimonio, por lo tanto, tal hijo será extramatrimonial, según se deduce "a contrario sensu" del ya citado artículo 100.-

Por otra parte, esta disposición suscita la duda de si debe ser reputado como habido en matrimonio al hijo mientras el marido o cualquier otra persona a quien perjudique tal filiación, no rechacen la paternidad, pues pare-

ciera, de resolverse en esta forma, que se incurre en evidente contradicción con lo dispuesto en el artículo 100.

En el derecho español también surge la duda sobre este último aspecto, y la doctrina formula diversas interpretaciones, siguiendo a veces las trayectorias fijadas por la doctrina francesa e italiana, que se ocupan de encontrar solución a igual problema surgido de sus respectivos Códigos. (1)

Sobre el particular se conocen tres teorías; la primera sostiene que el hijo ha de reputarse como "legítimo" en tanto el marido o los interesados no desconozcan su "legitimidad" en los términos señalados en el art. 113 (Cod. Civ. español). Sus defensores fundamenta su posición, por lo corriente, en las palabras del tribuno Duveurier (2), en el sentido de que "Un interés particular no puede ser combatido más que por un interés contrario....; si el estado del hijo no es atacado le ampara el silencio que a nadie le interesa romper". La defienden entre otros tratadistas, Manresa, Sánchez Román, Muscius Scaevola, y también Baudry-Lacantinerie en Francia; y en Italia Ruggiero y Cicu, éste

(1) Espín Cánovas, Ob. cit. T. IV, p. 217.

(2) Vertidas con ocasión de discutirse en el Parlamento - Francés, el artículo 315 del Código Civil, el cual expresamente declaraba la ilegitimidad de los hijos nacidos después de los 300 días de disuelto el matrimonio, y cuya redacción no prevaleció.

último en forma más compleja.

La segunda, conocida como "Teoría de la Ilegitimidad Originaria o de Pleno Derecho", predomina en la doctrina española, con fundamento en que la presunción del artículo 108 del Código Civil (español) favorece al marido, por lo que éste no necesita impugnar la "legitimidad" del hijo que nace después de los trescientos días, "bastándole desconocer su "legitimidad en el caso de que haya sido inscrito en el Registro Civil como legítimo". (1) Sin embargo, siempre se le permitirá al hijo y a su madre justificar la paternidad del marido, por disponerlo expresamente el artículo 111 del citado Código.

Se muestran partidarios de esta teoría, Valverde, De Buen, De Diego y Castán quien "atenúa la inflexibilidad de nacimientos tardíos posteriores a los trescientos días".

Una tercera posición parte de la determinación -- de la causa que originó la separación de los cónyuges. Así, si la disolución del matrimonio fué motivada por muerte -- del varón, desaparece toda presunción de "legitimidad" pasados los trescientos días; en tanto que si subsiste el -- vínculo matrimonial, por estar separados judicialmente los cónyuges, en cuyo supuesto, "precisamente por esta subsis-

(1) Según la expone Espín Cánovas, Ob.cit. T.IV, p. 219.

tencia del vínculo y por la posibilidad física y jurídica de unión carnal entre los cónyuges, pues dicha unión no sería ilícita e incluso podría implicar perdón tácito por parte del cónyuge agraviado, subsiste la presunción de legitimidad, amparada en el artículo 111 del Código y en el 52 de la Ley del Registro. (2) Teoría sostenida por Royo y aceptada por Espín Canóvas. Nos parece que ella al comprender el hecho de la reconciliación de los esposos se acerca más a la realidad que, en tales casos, proporciona la diaria experiencia.

En nuestro derecho, pese a existir algunas semejanzas con las legislaciones española, italiana y francesa, por sus particularidades creemos que bien puede crearse una hipótesis de solución de acuerdo con los elementos que nos proporcionan la primera y tercera teorías, cuyos fundamentos, a grandes rasgos se han expresado, partiendo de los siguientes supuestos:

El hijo nacido después de trescientos días de haberse producido el rompimiento del vínculo matrimonial o de decretarse la separación judicial de los cónyuges, se tendrá en la condición de "hijo de matrimonio", pues aceptamos ampliamente la opinión de Duveurrier, de que no hay razón para variar la condición del hijo mientras no perjudique a nadie.

Sin embargo, será preciso hacer clara distinción

(1) Royo, Derecho de Familia, ed. Sevilla, 1949, p. 246, s.

entre si hubo disolución del vínculo matrimonial (divorcio, nulidad declarada del matrimonio o muerte del marido) o simplemente separación judicial de los cónyuges, a efectos de llegar a determinar los plazos en que sea dable impugnar la paternidad. De modo que si ^{lo} ocurrido fué la disolución del vínculo, la acción de impugnación podrá ser ejercitada en cualquier tiempo, sin estar sujeta a término alguno. Puesto que en cierta forma se trata de un "reconocimiento tácito" de carácter "sui generis" por no realizarse mediante las formalidades expresamente determinadas por la ley, razón por la cual la paternidad puede ser impugnada por aquél a quien perjudique, en las mismas condiciones que lo puede ser el reconocimiento con referencia al plazo.

Mientras que ocurriendo separación judicial de los consortes, regirá el plazo de sesenta días dentro de los cuales se puede intentar la acción de impugnación, plazo que se contará a partir del día en que el titular de tal acción tuvo conocimiento de atribuírsele al hijo la paternidad que él tratará de discutir. Esta situación la hacemos derivar del art. 105 de nuestro Código Civil, en cuanto dispone que: "Toda acción del marido para impugnar la paternidad del hijo nacido de su mujer deberá intentarse en juicio, dentro de los sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto". Lo que nos hace pensar que disuelto el vínculo del matrimonio, no puede hablarse

de "marido" ni de su mujer"; mientras que el empleo de tales términos no presenta contradicción alguna en caso de "separación judicial", (o de hecho), puesto que el vínculo sigue subsistiendo al igual que la condición de "marido" y la de "su mujer".

Y por último, en uno u otro caso debe permitírsele al hijo o a quien ostente su representación judicial, - rendir prueba en favor de la paternidad que se discute.

TITULO DE ESTADO DE FILIACION

Es preciso, antes de seguir adelante en nuestro análisis de la legislación costarricense, determinar un concepto lo más completo posible sobre el título de estado de filiación. Para esto conviene referirnos a la doctrina que al respecto formula el profesor italiano Cicu; aunque indicamos desde ahora, que tal doctrina apenas nos servirá como punto de referencia, ya que en el ordenamiento - positivo que nos rige no puede tener asidero.

Dice el citado profesor que la filiación siempre existe para todas las personas como hecho natural: se es - hijo de un padre y de una madre. Pero como hecho jurídico no sucede lo mismo, porque el derecho requiere asegurar previamente la paternidad o la maternidad. para luego recono-

cer efectos jurídicos al hecho de la procreación. (1)

Comenta el hecho de la existencia de "un interés público en la determinación preventiva del estado de las personas, interés público que se entiende no solamente como interés general de los particulares, sino como interés del Estado y de la familia, es decir, como interés superior". Por lo que "tal determinación no se ordena únicamente con miras a una posible contienda judicial: no es un simple medio de prueba del estado". (2) "Por cuanto el estado de las personas afecta derechos y deberes que ofrecen un carácter de continuidad. Y sobre todo puesto que los deberes correspondientes han de cumplirse, como superiores que son, en cuanto que su cumplimiento no depende de la voluntad de aquel a cuyo favor el deber se impone" (3).

Partiendo de estas ideas básicas, en las que atribuye suma importancia a la prueba preconstituida, llega a determinar que "así como en el matrimonio el título del estado de cónyuge es el acta de matrimonio (4), en materia de

(1) La Filiación, p. 16.

(2) " " p. 22.

(3) Cicu. Ob. cit. ps. 22 y 23.

(4) De Castro combate esta aseveración citando como ejemplo el caso del encargado del Registro maniatado que hace y deshace matrimonios en los libros de un Registro conforme a su fantasía, quien evidentemente no casa ni divorcia a nadie, pese a la perfección externa que dé a sus asientos. (F. de Castro, Derecho Civil de España, -

filiación el título de estado de hijo es el "acta de nacimiento". Sin embargo, no es este título el único; la ley - le atribuye valor de título también a la posesión de estado de hijo legítimo; sin embargo, frente a este título prevalece el acta de nacimiento. (1)

Por nuestra parte creemos, en primer lugar, que - no importa cual ha sido el origen de esa procreación. Al derecho ha de bastarle determinar -hasta donde las posibilidades humanas lo permitan,- simplemente el hecho de la filiación (2) el cual es la base para que exista un "estado" (hijo de matrimonio e hijo extramatrimonial), es decir, la posición que el individuo ocupa en relación a sus padres.

El determinar si la procreación se originó en la familia legalmente constituida o en una unión ilícita, sólo tendría en nuestro ordenamiento un interés meramente especulativo para establecer la condición o categoría de tal filiación. Puesto que los derechos y deberes que de la filiación hacen surgir la legislación, son de la misma índole - para uno u otro caso. Sin desconocer, claro está, que el

T. II, p. 81 Edit. Madrid. 1952.)

(1) Cicu. Ob. cit. p. 23.

(2) Para Cicu no siempre que se da una procreación reconoce el derecho la filiación, es decir, relación jurídica de padre a hijo. Ya que por la dicha función de garantía, la filiación interesa al derecho sólo cuando - se presenta como vínculo estable destinado a actuar - los deberes familiares, una filiación fuera de tal vínculo. fuera de la familia constituida por el matrimonio.

hijo extramatrimonial puede encontrarse en la situación de no tener "padre conocido por la ley", en cuyo caso no podrá ejercitar las obligaciones que a su favor derivan de la paternidad. Pero aún en este supuesto siempre tendrá un estado.

Por consiguiente, nos parece muy aceptable la posición del profesor De Castro, quien parte de la diferenciación que debe existir entre "título de adquisición" y "título de legitimación"; considerando al primero como "el porqué jurídico del estado civil originario (de nacimiento) y del cambio posterior de estado que puede tener muy diversa naturaleza". De modo que "la falta de título o su nulidad determinará la existencia o la anulación del estado civil que en él se base". Por lo que "en todo caso, la eficacia jurídica del estado civil depende de la legalidad, o - en su caso, de la convalidación de su propio título de adquisición".

Mientras que el "título de legitimación" es la constatación legal de tal estado. "Ya que el estado civil requiere particularmente que se destaque el título de legitimación, porque su necesidad de fijeza y general eficacia ha llevado a buscar el modo de evitar las dificultades y -

no podría ser considerada por el derecho". (Cicu, Ob. cit. p. 17).

complicaciones que significaría la investigación de la realidad y validez de cada título de adquisición del estado civil, y porque la intervención del Estado ofrece los medios para crear un modo fácil y claro de conocer las situaciones del estado civil, con la seguridad suficiente para la vida jurídica normal".

Por lo tanto, "el título de legitimación no reemplaza, ni puede hacerlo, al título de adquisición", ya que "como tal, no es siquiera un elemento o requisito de la adquisición; su significado y eficacia están en facilitar que determinadas circunstancias externas (las que constituyen el título de legitimación) basten para que se puedan ejercitar las facultades de estado sin necesidad de comprobar la existencia del título de adquisición".

La inscripción no es normalmente requisito de existencia ni de eficacia del estado civil; éste existe desde que el título de adquisición es perfecto, y de su existencia deriva la facultad de escribirlo; los efectos de la inscripción (nulidad extrínseca) no afectan a la realidad del estado ni a su intrínseca eficacia".

Por eso, "la partida del Registro no crea una propia y nueva realidad jurídica material, ni siquiera una realidad formal o registral. Su alcance no puede exceder

de su finalidad: ofrecer un instrumento técnico para que - sea fácil conocer y para que sea más sencillo ejercitar - las facultades que nacen de cada estado civil, del verdadero estado civil, y no hay por qué darle un alcance que contradiga su propio origen y naturaleza" (1).

ACCION DE IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

En la doctrina española el tratadista Espín Cánovas, partiendo del concepto de "título de estado" que acoge de la tesis de Cicu, establece una delimitación de las acciones de estado en la filiación "legítima" según exista o no dicho título. Así, no habiendo título -en el concepto del profesor Cicu- la acción encaminada a determinar el estado es de reclamación del mismo; y si por el contrario, existe tal título, la acción para eliminarlo será de impugnación de legitimidad. (2) (3).

En nuestro derecho, dadas sus características -

(1) F. de Castro Ob. cit. T. II, ps. 78 y ss.

(2) Espín Cánovas, Ob. cit. T. IV, pág. 226.

(3) La doctrina francesa distingue entre acción de denegación de paternidad, que se dirige en contra de un hijo en cuyo favor existe la presunción de paternidad del marido tendiente a destruir tal presunción. Y acción de impugnación de legitimidad, tendiente a demostrar que el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio, sea por haber nacido después de trescientos días de disuelto, o antes de los ciento ochenta días siguientes a su realización, v.g.

propias podemos distinguir dos acciones: de impugnación de la paternidad y de vindicación de estado. Véamos algunas nociones de ambos conceptos.

Se ha comentado ya la estricta limitación que señalan los artículos 100 y 103 del Código Civil para poder atacar válidamente los supuestos de la concepción por obra del marido, por lo que no incurriremos en la repetición de aquellos comentarios.

Es un hecho ampliamente reconocido en la doctrina, el principio que la acción de impugnación de paternidad sólo el marido puede ejercitarla y excepcionalmente sus herederos, postulado que acoge nuestro Código y desarrolla ampliamente en los artículos siguientes:

Art. 104.- La paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio sólo puede ser impugnada por el marido personalmente o por apoderado especialísimo, y muerto o declarado ausente el marido, - por sus herederos.

Art. 105.- Toda acción del marido para impugnar la paternidad del hijo de su mujer deberá intentarse en juicio, - dentro de sesenta días, contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto.

La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir - que lo supo inmediatamente, salvo si es estuviere legalmente separado de su mujer.

Si al tiempo del nacimiento no se hallaba el marido presente en el lugar donde se verificó el parto, se presumirá -

que lo supo inmediatamente después de su vuelta a la residencia de su mujer, salvo si hubiere habido ocultación de parto.

..... Estos plazos no corren contra el marido demente o imbecil.

Art. 106.- Si el marido muere antes de vencer el término en que puede desconocerse al hijo, podrán sus herederos hacerlo en el plazo de sesenta días, - contados desde aquel en que el hijo hubiere entrado en la posesión de los bienes del presunto padre, o desde el día en que los herederos fueron perturbados en la posesión de la herencia por el - presunto hijo.

Cesará este derecho si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo.

Por la evidente relación que existe entre los artículos transcritos, su análisis se nos facilitará más haciéndolo en conjunto.

Como se aprecia, la acción de impugnación tiene un carácter personalísimo. Por lo que será el marido -mientras viva- el único con capacidad procesal para plantearla, teniendo facultad para nombrar un mandatario que lo represente judicialmente, pero tal mandato ha de constituirse como poder especialísimo.

La disposición del artículo 104, en su parte final, tiene que ser interpretada en relación con la del 106, por cuanto no podrán los herederos del marido muerto o declarado ausente, impugnar la paternidad si no se dan los -

supuestos del último precepto indicado.

La doctrina recomienda en esta materia, limitar - en lo posible los plazos con el propósito de no prolongar in definitamente la incertidumbre del estado civil de las personas, lo cual podría dar lugar a que se cometan abusos que - son del todo incompatibles con la naturaleza de la institución. Sin embargo, la realidad se impone y la doctrina como la ley tiene que contemplarla, por eso hay casos en que excepcionalmente es posible prorrogar indefinidamente el - plazo para intentar la acción, que nuestro Código señala en sesenta días. Por tal motivo vemos como el artículo 105 - contempla la posibilidad de prorrogar el término en el caso de que los cónyuges estuvieren separados, o cuando el marido estuviere ausente del domicilio conyugal, ya que en tales casos lo evidente es presumir que ignora el nacimiento por encontrarse lejos del lugar en donde ha ocurrido éste.

En cuanto a la separación judicial o de hecho, - también equivale a la falta de presencia; además, que estando rotas las relaciones entre los esposos bien puede el marido ignorar el alumbramiento de su mujer aunque nada se - haya hecho para ocultárselo. Por eso el plazo no correrá - sino a partir del día en que tuvo conocimiento del hecho, y corresponderá a sus adversarios probar que antes de esa fecha el marido tenía conocimiento del parto, en el caso que intentaren oponer la excepción de caducidad.

Ocurriendo ocultación de parto, también resulta - lógico que el plazo se cuente a partir del descubrimiento - del engaño, ya que sería imposible que el marido impugnare una paternidad que ignore se le está atribuyendo.

En último término se establece otra excepción con respecto al marido demente o imbecil. Se considera que el marido internado o interdicto, por encontrarse privado de - razón no puede tener conocimiento cabal del embarazo de su mujer, ni del nacimiento del hijo; además, el internamiento lleva consigo la falta de presencia en el domicilio conyugal. El plazo en esta situación correrá a partir del día en que cese el estado de interdicción.

El plazo de duración para intentar la acción de - impugnación una vez vencido implica caducidad y correrá tam - bién contra los herederos aunque sean menores de edad, con la diferencia que éste comenzará a contarse desde el día en que el hijo tome posesión de los bienes del presunto padre, o desde el momento en que los herederos sean perturbados en la posesión de sus bienes procedentes de la herencia. Pertur - bación que puede resultar de cualquier acto, sea judicial o extrajudicial, que tenga por finalidad el reclamo de los - bienes del causante. Para el caso no importa que el hijo - actúe por sí o mediante representación.

Esta diferencia con el caso de que sea el marido

quien ejercite la acción, la fundamenta muy acertadamente - Planiol y Ripert, en que la acción en favor de los herederos tiene carácter eminentemente pecuniario, por lo que el plazo no corre contra ellos sino a partir del día en que resulten afectados en sus intereses materiales. Por tal motivo los herederos no pueden adelantar el día inicial del plazo, "mientras que el marido está en situación diferente, dado el interés moral atendible en excluir al hijo de su familia." (1)

ACCION VINDICATORIA DE ESTADO

Se ha dicho que preferimos adoptar esta denominación para designar a la acción que tiene el hijo para reclamar su estado de hijo de matrimonio, cuando tal estado no aparezca de modo fehaciente con pleno carácter de validez jurídica.

Nuestro Código, al igual que el Mejicano, sigue con respecto a la prescriptibilidad de la acción la idea del derecho romano, por lo que la declaran imprescriptible para los hijos y los nietos.

En cuanto a la prueba también es bastante amplia

(1) Ob. cit. T. II, p. 623.

nuestra legislación, pues el artículo 114 del Código permite aducir toda clase de pruebas para oponerse a la vindicación, aún la testimonial. En el capítulo siguiente trataremos con mayor amplitud cuales son los medios probatorios y los requisitos para su ejercicio.

Los preceptos que nos rigen al respecto son los siguientes:

Art. 108.- El derecho de los hijos para vindicar el estado les pertenece, es imprescriptible. Por muerte de los hijos ese derecho pasa a los nietos, y respecto a ellos también es imprescriptible.

Art. 109.- Los herederos de los hijos, o de los nietos en su caso, pueden continuar las acciones de vindicación pendientes; y solamente podrán comenzarlas en caso de que el hijo o nieto falleciere antes de llegar a la mayoría, o si al entrar en ésta se hallare en demencia y muriere en ese estado.

La acción de los herederos prescribe en cuatro años, contados desde la muerte del hijo o nieto.

TRANSACCION Y COMPROMISO EN MATERIA DE FILIACION

Finalmente viene a prohibir el artículo 110 que pueda haber transacción o compromiso en árbitros en esta materia.

Ya que como se ha expuesto, haciendo eco de la doctrina que prevalece en la materia, existe un interés superior del Estado en la protección del estado de las personas, por lo cual no puede dejarse su variación a merced de los particulares, en los que pueden prevalecer el incentivo de intereses pecuniarios para variarlo.

Otra cosa sucede con los derechos que de la filiación derivan, los que por involucrar cuestiones eminentemente patrimoniales que afectan exclusivamente a la persona, si puede ser susceptible de transarse o someterse a arbitraje, lo cual no afecta el interés general que el Estado trata de garantizar.

Tal principio lo acoge nuestro Código así:

Artículo 110.- Sobre la filiación no puede haber transacción ni compromiso en árbitros, pero puede haber transacción o arbitramento sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente declarada pudiera deducirse, sin que las concesiones que se hagan al que se dice hijo, importen la adquisición de ese estado, ni las que haga éste importen renuncia de su filiación.

Como se aprecia, se considera que la filiación no puede ser renunciable en forma alguna.

C A P I T U L O I I I

PRUEBA DE LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO

PRUEBA DE LA FILIACION DE LOS HIJOS DE MATRIMONIO (1)

La determinación de la maternidad del hijo nacido en matrimonio es el resultado de dos circunstancias: el parto de la mujer casada de la que se pretende nacido el hijo, y la identidad del hijo que dió a luz con aquél cuyo estado se discute. Probar el parto es esencial en la demostración que ha de hacerse para probar la filiación materna. Esta - prueba la proporciona corrientemente el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil, pero en su defecto, también se admite la comprobación por otros medios probatorios, "por que el hijo que pretende establecer su filiación, no puede ser responsable de las negligencias que pudieran cometerse al redactar su acta de nacimiento; es más, quizás ignore la fecha y el lugar en que nació". (2)

Estos otros medios de prueba, que bien pueden denominarse como supletorios, se encuadran por lo común dentro del concepto de "prueba preconstituída", con el propósito - de garantizar un fundamento de seriedad en las acciones que se intentan y cuya prueba se basa en ellos.

(1) Así se intitula el Capítulo II, Título V. Libro I, del Código Civil Patrio.

(2) Colin y Capitant, Ob. cit. T. I, p. 506.

Nuestra legislación, siguiendo al Código Napoleón, regula en forma acertada este asunto, al disponerse en el artículo 112 del Código Civil, que:

" La filiación de los hijos habidos en matrimonio se prueba por las actas de nacimiento, inscritas en el Registro Civil. En defecto de ellas o si fueren incompletas o falsas, se probará la filiación por la posesión notoria de estado o por cualquier medio ordinario de prueba. Sin embargo, la testimonial solo se admitirá cuando haya principio de prueba por escrito, o cuando las presunciones o indicios que arrojen los hechos constantes desde luego, sean bastante graves para determinar su admisión.

El principio de prueba por escrito resulta de los registros, de los papeles domésticos del padre o de la madre y de los documentos públicos o privados emanados de las partes que litigan en la contestación, o de una persona que de estar viva tendría interés inmediato en la cuestión".

Tal precepto requiere, para facilitar nuestro estudio, ser analizado por partes, y así lo haremos a continuación:

ACTA DE NACIMIENTO INSCRITA EN EL REGISTRO CIVIL

Existe la obligación impuesta por el artículo 239 del Código, de inscribir todo nacimiento que ocurra en el territorio nacional, en el Registro del Estado Civil. Las per

sonas obligadas a realizar esas inscripciones son los padres, quienes deben hacerlas directamente en el Registro Civil o por medio de la autoridad de policía correspondiente, o en su defecto por el sacerdote católico que bautiza al hijo, ya que a tales personas les concede la ley el carácter de "Registradores Auxiliares".

Las inscripciones de nacimiento han de comprender:

- 1º - La hora, día, mes, año y lugar de nacimiento;
- 2º - El sexo del recién nacido;
- 3º - Nombre que le ha sido o ha de ser puesto; y
- 4º - Los nombres y apellidos, profesión, nacionalidad y domicilio del padre, lo mismo que los de la madre, cuando los nombres de dichos padre y madre hubieren de ser declarados.

La fuerza probatoria que se concede al acta de nacimiento debidamente inscrita en el Registro Civil, no es absoluta. Aunque si bien, se considera auténtica puede destruirse por todos los medios de prueba. Pero se hace necesario que la ley dé fe al título establecido en esa forma, porque además, se supone que el declarante no tiene interés en mentir y que la falsedad de su declaración le hace acreedor a una sanción punible por el Código Penal. Por otra parte existe un interés general para que las inscripciones realizadas en el Registro obedezcan a la realidad. Así lo ha dispuesto la Sentencia del Tribunal Supremo de España de

25 de junio de 1909, al declarar que "La eficacia general - propia del estado civil, en cuanto afecta a todos, a todos también puede perjudicar o beneficiar. Por ello la facultad de hacer que se declare la realidad y que se rectifiquen - falsas apariencias o mentidas afirmaciones la tiene toda - persona que ostente para ello un interés legítimo". (1)

POSESION NOTORIA DE ESTADO

La primera función de la posesión notoria de estado, como bien se desprende del artículo 112 que se ha transcrito arriba, es la de suplir el acta de nacimiento del hijo de matrimonio. "El papel que la ley le atribuye al hecho de la posesión es notable, pues funde en el hecho una prueba por presunción". (2) Cuando los cónyuges crían un hijo como suyo, el que es aceptado como tal por parientes y vecinos - y, en fin, por todas aquellas personas con quien tienen relaciones, claramente se puede deducir, con muy pocas posibilidades de error, que aquél ha nacido de tal matrimonio. Muy difícil es el suponer que los esposos traten y eduquen duran

(1) Para Cicu "el estado de las personas es de interés público (mejor dicho, superior); porque no está en el poder de los particulares el crearlo se comprende que la ley consienta a cualquiera el accionar para el restablecimiento de la verdad, para eliminar el título de un estado que realmente no subsiste. (Ob. cit. p. 134).

(2) Planiol y Ripert, Ob. cit. T. II, pág. 588.

te varios años a un extraño, como si éste fuera hijo de su matrimonio. (1)

La posesión notoria de estado es una prueba bastante completa de la filiación, pues mediante ella se prueba no solamente el parto de la madre, sino también la identidad del hijo.

Nuestro Código, al igual que el Código Napoleón, determina expresamente cuales son los hechos que la constituyen, disponiendo en su artículo 113, que:

"La posesión de estado de hijo de matrimonio consiste en que sus padres lo hayan tratado como tal, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente o presentándolo con ese carácter a sus deudos y amigos; y en que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, lo hayan reputado por hijo de aquéllos.

(1) "García Goyena dice: "no resulta pues de un hecho aislado sino de muchos hechos públicos encadenados y repetidos todos los días, viniendo de este modo a ser la más sólida y menos dudosa de todas las pruebas", I, p. 125. Su importancia es tal, que "los hombres no se conocen entre sí más que por esta posesión" (cita de Cochin); los hechos que la manifiestan son: "Los resultados diarios de todas las relaciones indicadas, de todas las relaciones de familia, de vecindad, de sociedad; las relaciones de un hijo con su padre y madre, de un hermano con sus hermanos y hermanas, de un sobrino, de un primo con sus tíos, tías y sus hijos, de todo individuo con los vecinos, los amigos, la familia de la que es miembro". Cita do por F. de Castro, Ob. cit. T. II, pág. 83, nota 4ª.

Dicho artículo, en síntesis, involucra el reconocimiento a los tres elementos constitutivos de la posesión de estado: "nomen, tractatus y fama", que ciertamente vienen a formar la reunión de hechos indicativos de las relaciones de filiación entre un individuo y la familia a la que pretende estar unido.

La fuerza probatoria atribuida a la posesión de estado, descansa en la confesión de los esposos que pretenden ser los padres de la criatura: al alimentarle, educarle y al darle su nombre (tractatus y nomen) han proclamado su filiación. Tal confesión ha sido corroborada además, por el testimonio concordante de familiares, vecindario y amistades (fama) de los cónyuges. Por esos se dice que los hechos que la constituyen son concordantes y continuos. Y en cuanto a su prueba, algunos afirman que no es indispensable la concurrencia de los elementos que la configuran (tractatus, nomen y fama), teniendo facultades el tribunal para reconocerla, aún cuando alguno de los elementos no se pruebe. Otros por el contrario, opinan que su prueba debe fundarse sobre todos y cada uno de esos elementos, de tal modo, que faltando uno de ellos no puede ser reconocida la posesión de estado por el juez. "La ley deduce la filiación de la posesión de estado: no es el juez quien debe deducirla. El juez debe solamente comprobar si existe una posesión de estado, la cual

no existe si no se dan los elementos constitutivos". (1)

Para el profesor Cicu deben probarse los tres elementos, aunque si bien su valoración ha de estar sujeta a la apreciación discrecional del juez. (2) Posición que compartimos, ya que además ella no se opone a la tendencia de favorecer al hijo y por otra parte está en consonancia con el principio de sana crítica en la valoración judicial de la prueba, que acepta plenamente nuestra legislación.

La legislación francesa exige expresamente que la posesión de estado sea constante, es decir, continua; aún y cuando nuestro Código no se refiera concretamente a este requisito, cabe inferirlo tácitamente de la lectura del artículo 113. Pues sería muy difícil que nuestros Tribunales declarasen procedente una acción de vindicación de estado, con fundamento en la demostración de una posesión de estado que no ha sido ejercitada en forma constante por los presuntos padres. Además, es desde todo punto evidente que las relaciones que derivan de la filiación han de ser constantes.

Más adelante trataremos de nuevo sobre la posesión de estado al comentar los casos en que procede la investigación de maternidad o paternidad de los hijos extramatrimoniales.

(1) Cicu. Ob. cit. p. 32 y 33.

(2) Cicu. Ob. cit. p. 33.

OTROS MEDIOS PROBATORIOS.

Cuando la filiación no puede probarse por medio de las actas del Registro Civil o por no concurrir los elementos constitutivos de la posesión de estado, la ley permite que se acuda a los medios ordinarios de prueba sujetando los a determinados requisitos.

Así, dado el desprestigio que ha sufrido la prueba testimonial en los últimos tiempos, a causa del posible soborno de los testigos, la ley es sumamente parca en su aceptación. Pues así como en los casos de ejercicio de acciones indeterminadas el legislador somete su aceptación a la preexistencia de otros medios probatorios, con mucha más razón debe existir esa severidad en materia de filiación, dado el carácter excepcional de los hechos que el hijo intenta demostrar. En el Derecho común, la prueba testimonial suele admitirse cuando exista previamente un principio de prueba por escrito (excepciones: arts. 752 y 757 del Código Civil), sea según el artículo 758 del Código Civil, "un escrito que emane de la persona a quien se opone, o de aquél a quien ella representa, o de aquel que la ha representado, y que tal escrito haga verosímil el hecho alegado". Exigencia que sería excesiva en materia de filiación, porque la persona que quiere probar la suya, es posible que pueda tener como adversario en el proceso a personas que no conocía, y no dejaría de

ser sorprendente, en tal caso, que poseyera un escrito de la parte demandada. Razón por la que el artículo 112 en su aparte final, nos proporciona un concepto diferente de lo que debe entenderse por principio de prueba por escrito en materia de filiación; que para el caso puede resultar "de los registros, papeles domésticos del padre o de la madre y de los documentos públicos o privados que emanen de las partes que litigan en la contestación, o de una persona que de estar viva tendría interés inmediato en la cuestión". Obsérvese - que aquí no se requiere que el principio de prueba por escrito proceda del adversario frente al cual se encuentre el hijo en el proceso. También puede apreciarse la posibilidad de invocar prueba testimonial aún y cuando no exista principio de prueba por escrito, con tal que las presunciones o indicios que arroje los hechos constantes desde luego, sean bastante graves para determinar su admisión. Pero aún en esta materia, la prueba testimonial no hace más que completar otros elementos de convicción, los que por sí solos pueden hacer verosímil el hecho cuya demostración se pretende.

Ahora bien, en el Derecho común las presunciones e indicios tienen, por lo general, igual fuerza probatoria que la de los testigos, a tal grado que cuando éstos no existan, son suplidos por aquéllas. Pero aquí las presunciones e indicios tienen un valor diferente. Constituyen un adminículo previo, que produce el mismo efecto que el principio de

prueba por escrito, esto es, que hace admisible la información. Pero para tal efecto se requiere reunir ciertos requisitos. Así, en primer término, los hechos en que se asientan las presunciones o indicios han de ser constantes, esto es, probados, notorios; y luego que sean bastante graves, apreciación que quedará a discreción de los jueces que conozcan sobre el fondo del asunto, puesto que se trata de una cuestión de hecho. "Lo que la ley exige para que los hechos citados a título de indicios puedan hacer admisible la información, es que su existencia sea desde ahora cierta o susceptible de comprobación inmediata, que no sea necesaria una primera información para establecerla. De otra suerte reaparece el peligro del soborno de testigos y se estaría en un verdadero círculo vicioso". (1)

(1) Colin y Capitant, Ob. cit. T. I, p. 516

C A P I T U L O I V

LA LEGITIMACION

LEGITIMACION

Si bien es cierto que de nuestro Código ha desaparecido la "legitimación" como acepción, también lo es que la legitimación sigue subsistiendo como concepto y antecedente, lo que nos obliga a tenerla como insustituible en ambos caracteres en las líneas que siguen a continuación. De otro modo nos sería imposible hacer referencias históricas y doctrinarias a los tres artículos que constituyen el Capítulo III, Título V, Libro Primero del Código Civil Patrio.

La legitimación es una institución que viene a - constituir un beneficio, en virtud del cual el legislador - confiere a un hijo concebido o nacido fuera del matrimonio de sus padres, la condición de hijo de matrimonio con todas sus consecuencias, por el hecho de haberse realizado, posteriormente, el matrimonio entre sus padres.

El beneficio conferido por el legislador al hijo "legitimado" se deriva, pues, del hecho de celebrarse posteriormente el matrimonio entre sus padres; con lo que se - tiende a favorecer la condición de los hijos extramatrimoniales en el seno de la familia, al equipararlos a los hijos procreados por los mismos padres después de celebrado su ma

rimonio, a la vez que sirve de estímulo a éstos últimos - para que regularicen su unión.

"La legitimación tiene así una influencia que es innegable; constituye un punto capital de nuestro derecho de la filiación, que permite mantener la inferior condición de los hijos naturales sin rigor exagerado". (1)

Esta institución apareció en el derecho romano. Y según Cicu (2) existió desde la época del emperador Constantino, renovada por emperadores posteriores, es abolida por Justino y restablecida por Justiniano. Posteriormente bajo el amparo de las ideas cristianas, el Derecho Canónico la - extiende por toda Europa. En el derecho romano se conocen tres formas: por subsiguiente matrimonio, por rescripto imperial y por oblación a la curia. De las cuales todavía subsisten las dos primeras. La legitimación por subsiguiente matrimonio fué la primera en aparecer, y mediante élla se - reconocía la "legitimidad" a los hijos procreados entre concubinos que luego se unían en matrimonio. La segunda hace su aparición en tiempos de Justiniano, para suplir la anterior cuando la celebración del matrimonio resultaba imposible por los padres. Hoy existe en diversas legislaciones y se denomina Legitimación por real decreto, por concesión -

(1) Planiol y Ripert, Ob. cit. T. II, pág. 737.

(2) La Filiación, pág. 189.

real o por concesión del Poder del Estado, según se aplique en sistemas monárquicos o republicanos. Puede tener forma administrativa o judicial, así por ejemplo, tiene carácter administrativo en España, Alemania, Holanda y Cuba; y judicial en Suiza, Perú y Venezuela.

La finalidad, como ya se ha expuesto, consiste en beneficiar a los hijos cuyos padres no pudieron verificar el matrimonio por surgir alguna imposibilidad. En los tiempos actuales ha sufrido algunas modificaciones, así el Código Civil suizo, que rechaza en principio esta forma de legitimación acepta, sin embargo, un medio semejante para cuando el matrimonio es imposible, disponiendo, que "el hijo de padres que se han prometido en matrimonio y no han podido celebrarlo, por el inmediato óbito de uno de los prometidos o por la pérdida de capacidad requerida para contraer matrimonio, será legitimado por el Juez, a petición del otro prometido o del hijo mismo..." (Art. 260). También algunas legislaciones hacen diferencia en cuanto a los derechos sucesorios de los hijos "legitimados" en esta forma, y se equiparan en cuanto a tales derechos, a los que les corresponden al hijo natural reconocido.

En Francia, el "rescripto imperial" fué sustituido por cartas de legitimación expedidas por la Cancillería Real las que constituían una fuente de ingresos; el Papado también

trató de otorgar cartas de legitimación, mediante la percepción de algunas sumas de dinero, pero desde el siglo XVI, - los legados a quienes el Papa concedía la facultad de legitimar a los bastardos tropezó con una jurisprudencia hostil - en los Parlamentos, la cual aniquiló ese procedimiento. En cuanto a las cartas otorgadas por la Cancillería Real, también desaparecen en los inicios de la Revolución, en 1791 (1).

En la actualidad la legislación francesa presenta varias clases de legitimación. por derecho común como consecuencia del matrimonio de los padres, la legitimación excepcional post nuptias y la legitimación de guerra sine nuptia.

En el derecho español se mantienen las dos formas clásicas del derecho romano. La legitimación por rescripto del Príncipe, conocida como legitimación por concesión Real, no produce iguales consecuencias a las derivadas de la legitimación por subsiguiente matrimonio, ya que los hijos legitimados en esta forma, se consideran en relación a sus derechos sucesorios, como si fueran hijos naturales reconocidos. En Alemania también imperaron ambas formas, aunque - predominó, pese a la resistencia de la alta nobleza por ambas, la legitimación por subsiguiente matrimonio, manteniéndose la vieja costumbre de cubrir a los hijos con el manto

(1) Planiol y Ripert, Ob. cit. T. II, p. 736.

de la madre durante la celebración del matrimonio. (1) En la actualidad, la legitimación por rescripto del príncipe - ha sido sustituida por una "declaración judicial de legitimidad", únicamente para los casos en que el matrimonio prometido devenga imposible.

Algunas legislaciones de los Estados Unidos de - Norte América son demasiado amplias al respecto, como sucede con las de los Estados de California, Dakota, Nevada e Idaho, las que disponen que el simple reconocimiento de un hijo ilegítimo hecho públicamente por su padre (y con el consentimiento de la mujer de éste, si es casado), recibiendo-lo como propio en su familia, o tratándolo como legítimo, - lo hacen de tal condición.

Con respecto al fundamento de esta institución no existe acuerdo entre los tratadistas, así para Pothier basado en el concepto de "ficción" considera que se supone celebrado el matrimonio en la época de la concepción, o nacido el hijo dentro del matrimonio. Para Planid y sus seguidores, la legitimación es "un beneficio legal, obra artificial de la ley". Por último la teoría canonista sostenida por el - Papa Alejandro III, considera que la legitimación es un efecto del matrimonio.

(1) Hans Planitz, Ob. cit. p. 332.

FILIACION DE LOS HIJOS ADQUIRIDA POR SUBSIGUIENTE MATRIMONIO
DE LOS PADRES.

El Capítulo Tercero, del Título Quinto, Libro Primero del Código Civil Patrio, ya ha cambiado su denominación. El Legislador de 1952 obedeciendo al precepto Constitucional que prohíbe toda calificación con respecto a la naturaleza de la filiación de las personas, ha creído más oportuno designarlo como "Filiación de los Hijos Adquirida por Subsiguente Matrimonio de los Padres", en vez de "La Legitimación", dejando a salvo en esta forma el escollo Constitucional.

El artículo 115 del Código Civil, dispone:

"Los hijos procreados por los mismos padres, habidos antes del matrimonio se tendrán contraído éste, como hijos de matrimonio".

Requisito esencial es que esos hijos hayan sido - procreados por los mismos padres que luego contraen matrimonio. (1) Para probar tal condición de hijo, caso de ser ne

(1) "Siendo el matrimonio la fuente de la legitimidad, lógico es que su celebración purifique y lave a los hijos - naturales del pecado legal con que vienen al mundo. Ningún medio más racional para regular la condición jurídica de los hijos, y por eso el legislador le ha concedi-

cesario, habría que recurrir tanto a los medios determinados por los artículos 112 y 113, como a los que establece el artículo 124 relativos a la investigación de la paternidad y maternidad extramatrimonial. De otro modo sería muy difícil, -dada la situación de estos hijos que en realidad ni son hijos de matrimonio, ni pueden ser tenidos como extramatrimoniales por disposición de ley,- pretender sujetarnos expresamente a la prueba establecida para uno u otro caso.

Ahora bien, si los hijos procreados y nacidos con anterioridad al matrimonio de sus padres han sido reconocidos por éstos no habrá ningún problema. Además, como se ha dejado expuesto, por lo corriente tales matrimonios se celebran con el propósito fundamental de regularizar la situación de los hijos nacidos con anterioridad, por lo cual habrá un interés evidente por parte de los cónyuges, para procurar - la debida anotación en el Registro Civil. Anotación que no se opera automáticamente entre nosotros, como sucede en otras legislaciones, sino que son los padres quienes deben requerir la conjunta o separadamente ante el citado Registro (Artículo 243 Cód. Civil).

do siempre grandes e importantes efectos, tales como - equiparar los hijos legitimados con los legítimos y hacer extensivos los beneficios de la legitimación a los descendientes de los hijos fallecidos antes del casamiento". (Muscius Scaevola, Ob. cit. T. III, pág. 333.)

En algunas legislaciones como la suiza (arts. 258 a 260), la alemana (art. 1719), se establece que la legitimación se adquiere automáticamente, "ipso jure", por sólo hecho de la celebración del matrimonio; también regula el caso en forma semejante el Código de Brasil -- (arts. 229 y 253), y la legislación colombiana aunque con algunas reservas (arts. 236 y sts. Cód. Civil y Art. 52, Ley núm. 153 de 1887). Otras legislaciones como la uruguay (art. 204 Cód. Civil) y la argentina (art. 317 Cód. Civil) limitan la época posterior a la celebración del matrimonio durante la cual tiene que efectuarse el reconocimiento de los hijos, a fin de que puedan considerarse como "legítimos", en virtud del subsiguiente matrimonio.

Este requisito del reconocimiento, ya sea anterior o posterior a la celebración del matrimonio, también lo exige el Código Civil español (art. 121), y es justamente criticado por el comentarista Manresa porque puede hacer posible la existencia de desigualdades entre hijos -- procreados por los mismos padres (1). Asimismo establecen el reconocimiento como condición imprescindible los códigos mejicano (art. 355), Italiano (art. 283) y francés (art. 355).

(1) Ob. cit. pág. 712 y sgs.

En nuestro concepto la legislación costarricense da solución acertada a este problema al hacer operar - "ipso jure" la "legitimación", y pide tan sólo (art. 246 Cód. Civil) una manifestación de los padres, realizada - conjunta o separadamente ante el Registro Civil, para procurar la anotación correspondiente, en el asiento de nacimiento del hijo. Y en el supuesto de que tal manifestación fuera omitida el hijo tendrá un derecho imprescriptible para vindicar su estado (art. 108).

SITUACION DE LOS HIJOS EN CASO DE DECLARARSE NULO EL MATRIMONIO CELEBRADO POR SUS PADRES.

Nuestro Código aunque comprende esta situación no la regula en la forma más acertada. Así, dice el artículo 116:

"Si el matrimonio a que alude el artículo que antecede fuere declarado nulo, los hijos mantendrán su posición de hijos de matrimonio si hubo buena fe al contraerlo".

El Código Civil (federal) mejicano, dentro de la corriente que lo impulsa de buscar la solución más favorable al hijo, viene a resolver esta situación en forma más acertada, ya que considera que declarado nulo un matri

monio, haya habido buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, los hijos habidos durante él se tendrán como hijos de matrimonio (art. 344). Contra tal disposición podría argumentarse que sirve de incentivo a la celebración de matrimonios nulos, verificados con el único propósito de beneficiar a los hijos nacidos de uniones irregulares. Pero cabe contestar, que es muy difícil que tales casos - ocurran con profusión en los tiempos actuales, dada la - eficiencia de la organización de los Registros del estado civil. Por otra parte, aunque la celebración de un matrimonio prohibido o imposible implique una violación a la - ley, es lo cierto que el fin moral perseguido por los padres -aún a última hora- compensa un tanto la violación infringida. Además, el orden jurídico perturbado vuelve a normalizarse con la declaratoria de nulidad del matrimonio.

Se torna un tanto confusa la disposición en comentario, al no expresar si la buena fe debe ser concurrente en ambos cónyuges, o si basta con la existencia de ésta por parte de uno sólo de los contrayentes para que el hijo conserve su condición de hijo de matrimonio. (1) Nos

(1) El Código Alemán, dispone que en el caso de matrimonio declarado nulo, los hijos se reputan legítimos, salvo si ambos cónyuges conocieron la causa de nulidad al - tiempo de su celebración. (Art. 1699)

parece que en nuestro ordenamiento, el caso ha de resolverse de acuerdo con la última situación (existiendo buena fe por parte de uno de los cónyuges), no sólo por ser ésta la solución más favorable al hijo, sino también porque así se desprende de la relación y concordancia de esta disposición con la del artículo 98, ibídem, que en su aparte -segundo dice: "Si la buena fe ha estado sólo de parte de uno de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos habidos en el matrimonio putativo.

En consecuencia, cabe decir, que en la legislación costarricense pueden obtener la filiación de hijos -de matrimonio, cualquier persona, aun aquellas que en otras legislaciones tienen la condición de adulterinos e incestuosos, y siempre y cuando no haya existido mala fe en la celebración del matrimonio por parte de ambos padres.

DESDE CUANDO SE ADQUIERE LA CONDICION DE HIJO DE MATRIMONIO

El artículo 117 del Código Civil viene a evitar cualquier duda que pueda suscitarse al respecto, al disponer:

"La calidad de hijos adquirida de -
acuerdo con los dos artículos anterior

res surte efectos desde el día del -
matrimonio y aprovecha aún a los des-
cendientes de los hijos muertos al -
tiempo de la celebración del mismo".

Tal precepto no tiene entre nosotros la importan-
cia que se le atribuye en otras legislaciones desde el pun-
to de vista de los derechos patrimoniales, por cuanto nues-
tro Código no hace diferencia alguna en relación a los de-
rechos de los hijos matrimoniales con los extramatrimonia-
les. En tanto que en los ordenamientos en que no existe -
equiparación de derechos, el punto ofrece un mayor interés
por parte de los tratadistas y legisladores. Así tenemos,
por ejemplo, la legislación italiana, la que con su crite-
rio moderado en materia de filiación, aporta un principio
innovador dentro de ese campo, disponiendo que si los hi-
jos han sido reconocidos a la hora de celebrarse el matri-
monio o con anterioridad a su celebración, éstos adque-
ren la condición de legitimados y sus derechos correspon-
dientes a partir de dicha celebración, y desde el día en
que se otorgue el reconocimiento, si éste ha tenido lugar
después del matrimonio. En el derecho costarricense la -
calidad de hijo de matrimonio se adquiere, en todo caso,
desde el día de la celebración del matrimonio, y no desde
aquel en que se modifique el asiento del Registro a instan-
cia de cualquiera de los padres.

La doctrina, por lo general, acepta que los efec

tos de la "legitimación" se retrotraigan a partir del día de la celebración del matrimonio. (1)

(1) Para Mucius Scaevola la legitimación surte efectos - desde el matrimonio y no desde el reconocimiento, por que "la legitimación en este caso adolece de un defecto subsanable, y una vez corregido desaparecen sus efectos, retrotrayéndose los de aquélla a la fecha del casamiento. Se trata, en realidad, de un derecho condicional: del que tienen los hijos naturales de gozar de los beneficios de la legitimidad, cumplida que sea la condición del reconocimiento, y sabido es, y así - lo proclama el art. 1120 del Código, cuyo precepto ca be aplicar al menos por analogía, que los efectos de la obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de la constitución de aquélla". Ob. cit. T. III, pág. 341.

C A P I T U L O V
E L R E C O N O C I M I E N T O

RECONOCIMIENTO (1)

CONCEPTO Y SU NATURALEZA JURIDICA

Siguiendo el orden determinado por nuestro Código Civil, se analizará en este Capítulo el reconocimiento voluntario; el reconocimiento forzoso o judicial lo veremos en el siguiente, al tratar de la investigación de la paternidad y maternidad. (2)

El reconocimiento voluntario puede concebirse como un acto revestido de ciertas formalidades, mediante el cual una persona manifiesta ser padre o madre de otra; o bien como el acto en que conjuntamente ambos padres reco-

-
- (1) El Capítulo IV, Título V, Libro I, del Código Civil - Patrio, el que aquí se estudiará, se intitula "Hijos habidos fuera de matrimonio."
- (2) Dice Sánchez Román "la relación paterno filial procedente de uniones extramatrimoniales de los sexos, se funda en una base de certeza que da por resultado, sin violencia alguna, la noción de la filiación del hijo y las de la paternidad y maternidad del padre o de la madre, con igual carácter de firmeza moral y legal en cuanto a su verdad, que acontece con la filiación legítima producto del matrimonio. Pero si falta el reconocimiento voluntario, sobreviene la debatida cuestión del reconocimiento forzoso, enunciado generalmente bajo la tesis de investigación de la paternidad y de la maternidad" (Citado por Tomás Cardo, La Filiación, Tesis Doctoral, Madrid, 1910. p. 30 y 31).

nocen a una persona como a su hijo. Se aprecia fácilmente que se trata de un acto de naturaleza civil, que tiene por objeto la afirmación del hecho de la paternidad o maternidad.

Expresado ya un concepto general sobre el reconocimiento, entraremos al estudio de su naturaleza jurídica, sobre la cual existen múltiples teorías, por lo que ha dicho De Buen "que la naturaleza del acto de reconocimiento es compleja y puede difícilmente ser definida" (1). Veamos en forma somera las teorías que se han esbozado al respecto:

Para la doctrina más antigua, el reconocimiento viene a ser un simple medio de prueba, una confesión por la cual se conoce el hecho ignorado de la filiación que produce ciertos efectos. Sostienen esta posición Planiol, Ruggiero y Marci, la cual es objeto de duros ataques que no los ha podido resistir. "Así cree Furno, que la razón del equivoco de estimar el reconocimiento como una confesión se halla en que así se le suele considerar irrevocable porque irrevocable es la confesión" (2)

-
- (1) Anotaciones referentes al Derecho español en la obra de Colin y Capitant, Curso Elemental de Derecho Civil, T. I, p. 603.
- (2) Citado por Albaladejo, "Reconocimiento de la Filiación Natural, Edit. Bosch, 1954, p. 35.

Según una teoría francesa, sostenida también por ilustres juristas, el reconocimiento tiene una doble naturaleza: "por una parte el reconocimiento está considerado como un acto jurídico por el cual el padre o la madre admiten al hijo el beneficio de los derechos inherentes a la filiación natural: se trata entonces, según la terminología creada por Ambrosio Colin, del reconocimiento-admisión. Por otro parte, el reconocimiento consiste en una confesión de paternidad o de maternidad; se trata entonces del reconocimiento-confesión", (1) de que se habla anteriormente.

Puig Peña nos dice que esta última concepción -la del reconocimiento-admisión- es la que domina en el Código Civil español, "si bien no han podido desprenderse sus redactores de la vieja concepción que considera al reconocimiento como un medio de prueba. Ello explica la complejidad del acto y las consecuencias aparentemente contradictorias que en él mismo se producen, pues, como veremos, resulta irrevocable como confesión; pero en cambio puede impugnarse como acto de voluntad que ha sido hecho por error, dolo, violencia o intimidación". (2)

Según Motín el reconocimiento es un medio de prue

(1) Espín Cánovas, Ob. cit. T. IV, p. 236.

(2) Puig Peña, Ob. cit. T. II, Vol. II., p. 71.

ba. Esta consiste en una declaración. Y esta declaración es substancialmente igual a la declaración de filiación - que implica el acta de nacimiento del hijo legítimo". (1)

Para Cicu el reconocimiento es un acto de poder familiar. "La ley otorga al padre el poder de investir al - hijo del estado de tal. Este poder se concede a los fines de la comprobación, fines rigurosamente limitados que no - implican un juicio acerca de la conveniencia; la garantía en orden al uso de tal poder la constituye la acción de impugnación del reconocimiento concedida a todo interesado". (2) Siendo "característica de este poder, en comparación con otros poderes familiares, es que estando el estado de filiación basado sobre el hecho natural de la procreación, el fin para el cual el poder se concede no permite -siendo cierta la existencia de la relación paternofilial natural- discrecionalidad de apreciación sobre la conveniencia de - su fijación". Esta posición ha sido modificada por su autor en la última edición de su obra (1951, Torino), en la que ya se muestra partidario de considerar el reconocimiento como negocio jurídico, pero eso sí, haciendo distinción entre negocio jurídico de Derecho privado y negocio jurídico de Derecho familiar, que es en donde se debe situar el reconocimiento. "Partiendo de esas consideraciones, acep-

(1) Citado por Albaladejo, Ob. cit. p. 36 s.

(2) La Filiación, p. 213 y ss.

ta Cicu que el reconocimiento es admisible como negocio - jurídico en el que el poder del padre no tiene nada de co mún con la autonomía privada, entendida como facultad de proveer libremente a la consecución y tutela de los pro- pios intereses, sino que es un poder de Derecho de Familia. Poder que permite realizar un negocio -y no mera declara- ción de ciencia- en el que la voluntad negocial va encami- nada a crear para el hijo el título de su estado (ya que Cicu cree que el estado se declara, pues existe o existía desde el nacimiento, y el título de tal estado es el reco- nocimiento). "modifica además su criterio sobre la falta en el ejercicio del poder de todo elemento discrecional. Ya que para la paternidad se puede justificar cierta dis- crecionalidad, con la consideración de que ella puede ser incierta para el propio padre... pero tal justificación - no vale para la maternidad (1).

En la actualidad predomina en Italia, la teoría - del reconocimiento como negocio jurídico. Pero existe no- table divergencia en cuanto al contenido de éste. Para - unos, "es un negocio jurídico que contiene una declaración de voluntad negocial; para otros es negocio jurídico tam- bién, aunque conteniendo sólo una declaración de ciencia, por cuanto esta declaración hecha en forma solemne es un

(1) Citado por Albaladejo, Ob. cit. p. 41, ver notas.

comportamiento que exterioriza una voluntad negocial. Así pues, se trata de un negocio jurídico en que la voluntad negocial no se exterioriza mediante una declaración de voluntad, es decir, de un negocio jurídico de voluntad o de actuación".

"La voluntad negocial va dirigida para unos a crear el estado, para otros a crear el título de ese estado, y para otros a constatar el hecho de la procreación." (1).

Finalmente, Albaladejo y otros civilistas (2) creen que el reconocimiento es un acto jurídico en sentido estricto, pero no un negocio, porque sus efectos se producen por la ley y no por la voluntad (ex lege y no ex voluntate). Y dentro de la categoría de actos jurídicos en sentido estricto pertenece, según el autor citado, al subgrupo de actos semejantes a los negocios jurídicos. Resumiendo esta teoría podemos decir que "el reconocimiento es acto de poder, en el sentido en que el ordenamiento jurídico concede al padre el poder promover la producción ex lege de los efectos jurídicos, poder que es ejercitado reconociendo. Poder que es a la vez un poder moral. Poder de Derecho de familia, en cuya virtud se realiza un acto jurídico -conducta afirmativa- cuyo efecto es la

(1) Albaladejo, Ob. cit., ps. 39 ss.

(2) Tales como Allara, Barbero, Corrado, Reape, Forno, Von Tuhr, Pérez y Alguer, según los cita el mismo Albaladejo.

constitución de un estado (de filiación jurídica)".

"El hecho de la procreación, la relación biológica de filiación, no da siempre lugar a una relación jurídica de filiación (estado de filiación). Tal sucede en el caso del hijo natural sin reconocer. No puede darse cuenta de esta discordancia entre realidad natural y realidad jurídica quien no tenga presente la razón de ser de la filiación como relación jurídica."

El hecho natural de la procreación tiene siempre efectos jurídicos. "Más para que haya relación jurídica de filiación (estado) es necesario que existan aquellos particulares derechos y deberes que son propios de tal relación".

"Pero el hijo natural puede llegar a adquirir el susodicho estado mediante el reconocimiento (o la declaración judicial), porque si es cierto que el estado no tiene necesariamente que existir, como la relación de filiación biológica, no lo es menos que en el caso en estudio sólo puede crearse mediante la previa existencia de aquélla".

"Efecto del reconocimiento es el convertir en filiación jurídica la filiación biológica" (1) En conclu-

(1) Albaladejo, Ob: cit. ps. 42 ss y 52 ss.-

sión viene a definir Albaladejo el reconocimiento como -
"acto jurídico consistente en la afirmación solemne de la
paternidad biológica hecho por el generante, acto que con-
fiere al reconocido un estatus filii que lo liga con el -
reconocedor".

A diferencia del negocio jurídico, en el cual co-
mo tesis de principio- sus efectos se producen como desea-
dos por su autor, siempre y cuando sean conformes y no se
opongan al ordenamiento jurídico en vigencia-; en el reco-
nocimiento tales efectos se producen ex lege y no ex vo-
luntate, pues éstos no siempre pueden ser queridos por su
autor, por el contrario, hay veces que se le imponen, y -
aún en el supuesto de que el reconocedor manifieste al de-
clarar su paternidad que no desea atribuir un estado al -
reconocido, sino tan sólo dejar constancia de su paterni-
dad biológica, siempre se atribuirá el estado. Por otra
parte, el reconocimiento no contiene en si una voluntad -
negocial (1) sino una afirmación de paternidad, cuyos efec-

(1) Forno dice: "El efecto atributivo del estado no puede concebirse como producto de la voluntad negocial, si-
no sólo como efecto legal enlazado a la realización -
de una condición que pone un hecho cierto en lugar de
uno incierto, o mejor, un hecho conocido en lugar de
uno desconocido... es la ley la que hace depender la
producción del efecto (investidura de estado de hijo
natural) de la realización de un hecho (declaración -
de paternidad) que tiene para dicha ley valor condi-
cionante". Citado por Albaladejo, Ob. cit. p. 44, en
nota.

tos -como se ha dicho- pueden o no basarse en el querer - privado, pero aún así siempre subsistirán.

Esta última posición nos parece la más científica y la que puede armonizar mejor con la legislación costarricense, aunque si bien, cabe hacer excepción en el sentido de que en el derecho costarricense, según lo entendemos nosotros, el hijo extramatrimonial reconocido, no sólo tiene status filii sino que también participa de un es tatus familias. Mientras que en el derecho español parti cipa únicamente del estatus filii, según lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de enero de 1945, - al establecer que: "La filiación natural sólo determina - una relación entre padre e hijo, y no constituye, por - ello, propiamente una relación de familia". (1)

CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO

VOLUNTARIEDAD

El reconocimiento es un acto libre, y voluntario del padre o la madre que reconoce. Quienes pueden o no - llevarlo a cabo. Y en cuanto a la voluntariedad, ya he mos visto, sin embargo, que se le atribuye un carácter di

(1) Ver Albaladejo, Ob. cit. nota 88 en p. 52 s.

ferente de la que tiene como acto jurídico.

En la doctrina se hace cuestión sobre si ese comportamiento en si voluntario, se realiza cumpliendo un deber jurídico o no (1), lo que también es objeto de atención por parte de la jurisprudencia. Así, la jurisprudencia francesa le asigna como fundamento del reconocimiento la existencia de una obligación natural, en sentido semejante se pronunció el Tribunal Supremo de España, en sentencia del 12 de junio de 1885, al sostener que "...sería contrario a la moral que los padres hubiesen de dejar incumplida la obligación que tienen con arreglo al Derecho Natural y al positivo de reconocer y alimentar a los hijos".

En la doctrina española no hay uniformidad de criterio. Por ejemplo, para Novoa, el reconocimiento es voluntario, pero éste constituye una reparación debida por leyes naturales(2); en tanto que para Planas y Casals es una obligación que las leyes imponen, pero que puede ser voluntario cuando los padres lo realizan por impulso propio(3).

(1) Albaladejo. Ob. cit., p. 57.

(2) S. Novoa, El Reconocimiento de los Hijos Naturales en Testamento", Rev. de Dcho. Privado, 1915, p. 296.

(3) Derecho Civil Español, Común y Foral, Barcelona 1925, T.I. p. 400.

Entre los italianos, Dusi y Cosattini (1), mantienen el criterio de que en el reconocimiento sólo existe un deber de conciencia, un deber moral, pero tal deber no es un deber jurídico. Esta es la doctrina predominante, por ser la posición más acertada y generalizada en el Derecho positivo, en el que corrientemente se le otorga a los padres la "facultad" de reconocer a su hijo habido fuera de matrimonio, pero no la obligación jurídica de realizarlo, y cuando más, se concede el derecho al hijo, no a ser reconocido, sino a que se fije judicialmente su filiación.

Entre nosotros el carácter voluntario del reconocimiento aparece evidente en el artículo 118 del Código, al determinarse que "Pueden ser reconocidos todos los hijos habidos fuera de matrimonio". Porque la forma verbal "pueden", indica un querer facultativo, no obligatorio.

DEBE SER ACTO EXPRESO

Para algunos connotados tratadistas el reconocimiento debe ser un acto expreso; (2) pero también hay quienes creen que puede ser tácito (3). Por nuestra par-

(1) Según lo indica Albaladejo, Ob. cit. p. 58.

(2) Entre otros, Sánchez Román y Valverde.

(3) Para Royo puede ser tácito el reconocimiento, Ob. cit. p. 266 ss.

te creemos que tratándose de reconocimiento voluntario ha de ser necesariamente expreso, pues de otro modo no produciría sus efectos jurídicos. Claro está que no negamos la posible validez del reconocimiento tácito como acto de reivador de resultados jurídicos, pero con la advertencia que ha de pasar por el crisol de los tribunales competentes para que sus efectos sean reconocidos como fuerza de ley. Lo que se aprecia en los juicios de investigación de paternidad y maternidad, que se someten, por lo corriente, a la existencia de prueba preconstituida, lo que no viene a ser otra cosa que la comprobación judicial del reconocimiento tácito. (1) Prueba de lo que se expone es el hecho de que para que el reconocimiento tenga validez jurídica, es necesario que revista ciertas formalidades, que llevan en sí un carácter de verdadera seriedad, y tales formalidades no podrían existir, evidentemente, en el reconocimiento tácito.

Ha de entenderse, además, que el término "expreso" significa que en el acto de reconocimiento debe designar-

(1) El Art. 233 del Código Civ. de Uruguay dice: "El reconocimiento puede hacerse expresa o tácitamente. El expreso por escritura pública o por testamento o ante el encargado del Registro Civil en el acto de inscripción del nacimiento o después de verificada. El reconocimiento tácito es el que resulta de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, probada ante Juez competente".

se en forma inequívoca y suficientemente individualizada la persona del reconocido por parte del reconocedor.

EL RECONOCIMIENTO ES UN ACTO PERSONALISIMO

Es un acto personalísimo porque únicamente el padre o la madre, o ambos conjuntamente, pueden llevarlo a cabo, no teniendo ninguna otra persona facultad legal para realizarlo (1)

Nuestro Código Civil establece expresamente en su artículo 242, en relación con el 119, ibidem, que sólo se admitirá declaración de paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando fuere realizada por el padre o madre o por apoderado bastante. En otras legislaciones no se indica expresamente este requisito, razón por la cual la jurisprudencia y la doctrina han procurado la enmienda de tal olvido. Así el Tribunal Supremo de España declaró en sentencias de 25 de febrero de 1914 y 25 de junio de 1946, que "sólo y nadie más que el progenitor... puede hacer la declaración categórica reconociendo como hijo natural al que procreó".

(1) Sin embargo, el Código Civ. Suizo dispone que puede reconocer el abuelo cuando el hijo ha muerto o esté incapacitado permanentemente, Art. 303.

El carácter personalísimo del reconocimiento, no impide que un mandatario debidamente provisto del poder - necesario reconozca en nombre de su mandante, lo cual es perfectamente admitido por renombrados tratadistas (1). - El poder -especialísimo, en el derecho costarricense- ha de otorgarse en escritura pública, razón por la que algunos autores niegan la posibilidad de un poder para reconocer, con base en que la declaración de paternidad hecha - en el documento público es por sí mismo un reconocimiento, no haciéndose necesario que reconozca el representante(2). Sin desconocer el acerto de tal objeción y el hecho de - que el acto realizado en esta forma en realidad implica - un doble reconocimiento, la rechazamos. Creemos que si - se hace necesario que el mandatario "reconozca", esto es que cumpla el acto que se le ha encomendado, pues hasta - tanto esto no suceda, el reconocimiento no producirá efectos jurídicos. Además, el mandato puede ser revocado por el mandante en tanto no se haya inscrito el reconocimiento, o bien pueda no ser aceptado por el mandatario, en cuyos casos el reconocimiento no surtirá efectos jurídicos en tanto el interesado no haga valer "judicialmente" la - la afirmación de paternidad o maternidad existente a la -

(1) Entre otros Planiol y Ripert, Josserand, Bonnet, Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Cioú, Sánchez Román, etc.

(2) Albaladejo, Ob. cit., ps. 68 y 69.

hora de constituir el poder, afirmación que si tiene el carácter de irrevocable (1). Vemos pues, que no es del todo inócuo el reconocimiento otorgado por medio de poder.

UNILATERALIDAD

Es principio generalmente admitido por la doctrina y el Derecho positivo que el reconocimiento es un acto unilateral. Sin embargo, nuestro Código establece que el reconocimiento del hijo mayor de edad ha de realizarse con su consentimiento, y si fuere menor de edad podrá rechazarlo cuando sea emancipado o mayor (art. 120), disposición que se asemeja a la del artículo 133 del Código español y que ha originado la duda entre los tratadistas de este país, con respecto al carácter de unilateralidad que se le atribuye. Así, algunos le asignan un cierto carácter bilateral mas o menos acentuado según el caso (2).

Sin embargo, nosotros pensamos como Albaladejo(3), en el sentido de que el consentimiento del hijo no le qui

(1) Para Carresi "El padre tendrá siempre la facultad de revocar el mandato en el sentido de que podrá confiar a otra persona el documento, pero no se comprende, en el sentido de poder revocar el reconocimiento". Citado por Albaladejo. Ob. cit. p. 70.

(2) Tales como Puig Peña, Ob. cit. p. 71 De Buen, p. 603.

(3) Ob. Cit. p. 71 y ss.

ta el carácter unilateral al "acto jurídico reconocimien-
to". El consentimiento del mayor será tan sólo, una con-
dición de eficacia para que se produzcan los efectos juri-
dicos del reconocimiento. Por tanto vale decir que el re-
conocimiento no es un acto bilateral.

ES UN ACTO INDIVIDUAL por cuanto sus efectos sólo tras-
cienden al hijo reconocido con relación al padre o madre
que separada o conjuntamente lo reconozcan (1).

Algunas legislaciones exigen que el reconocimien-
to lo hagan los padres por separado, lo mismo que la acep-
tación del hijo si es mayor, en nuestra legislación puede
verificarse tanto el reconocimiento de ambos padres como
la aceptación del hijo en un solo acto.

ES UN ACTO INCONDICIONAL. No puede sujetarse a condicio-
nes de ninguna naturaleza. Una vez que se realiza produ-
ce las consecuencias y efectos que la ley determina, sin
que sea posible a la persona que lo otorga imponer limita-
ción alguna, lo cual se acepta doctrinariamente. También
algunos Códigos lo establecen expresamente, así el italia-
no dispone : "Es nula toda cláusula encaminada a limitar

(1) En tal sentido Colin y Capitant, Ob. cit. T.I., p.554,
De Buen, bis, p. 602, Albaladejo, Ob. cit. p. 74.

los efectos del reconocimiento" (art. 257) (1).

ES UN ACTO IRREVOCABLE, por cuanto constituye una afirmación del estado civil sobre la cual no debe haber incertidumbre.

Carácter que es ampliamente reconocido por la doctrina que considera que aún llevándose a cabo el reconocimiento en un acto esencialmente revocable como el testamento, no pierde su condición de irrevocable; pues en esta situación se acepta que existen en el mismo documento dos actos jurídicos de distinta naturaleza: el testamento y el reconocimiento. De ellos uno es revocable, el otro no. Aún y cuando el reconocimiento esté contenido en el mismo acto del testamento, lo cierto es que constituye un acto independiente.

Esta posición evidentemente lleva consigo el autorizar al hijo extramatrimonial a utilizar, aún en vida - del testador, el reconocimiento de que es objeto para exigirle a su padre alimentos. Los autores Planiol y Ripert rechazan firmemente esta hipótesis, por cuanto para ellos

(1) En forma semejante, el art. 239 del Cód. Civ. uruguayo, al disponer:

"El reconocimiento hecho por escritura o por testamento es irrevocable y no admite condiciones, plazos ni cláusulas que modifiquen sus efectos regulares, y no es necesario ni la aceptación por parte del hijo ni la notificación de éste".

"es inadmisibile que se dé cumplimiento a una clausula de un testamento, antes de la muerte del testador". Porque además, "nada de lo escrito en un testamento puede considerarse adquirido por persona alguna". (1)

Nosotros, por el contrario, aceptamos ampliamente el criterio de quienes sostienen que el reconocimiento hecho en testamento, puede surtir efectos antes de la muerte del testador, por ser, como ha quedado dicho, el reconocimiento un acto independiente del testamento (2).

Algunos autores fundamentan la irrevocabilidad del reconocimiento equiparándolo con la confesión (el reconocedor está confesando un hecho propio). Desde tal punto de vista no existirá contradicción entre la regla que lo considera como irrevocable y la que permite al autor del reconocimiento pedir su nulidad, mediante la acción judicial correspondiente, aduciendo y probando, que tal acto tuvo por causa alguno de los vicios del consentimiento. (3)

- (1) Ob. cit, T. II., p. 667. En forma semejante Demolombe, Ob. cit. T.V, nº 455, Laurent, Ob. cit. IV, nº 85.
- (2) Asi opinan los tratadistas franceses Colin y Capitant, Aubry y Rau, T. IX, p. 568, Baudry-Lacantinerie, Ob. cit. T. IV, p. 556.
- (3) "El reconocimiento, en fin, es irrevocable por exigir lo así la seguridad del estado civil de las personas, el que por otra parte, no puede quedar subordinado a la mera voluntad del sujeto; ya que en el reconocimiento debidamente realizado, se presume que el reconocedor declaró la verdad, declaración que provoca los efectos "ex lege" y, además, por el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos". Albaladejo, Ob. cit. p. 76.

El carácter de irrevocabilidad del reconocimiento hecho en testamento, es ampliamente reconocido por el Derecho positivo; así lo aceptan, entre otros, los Códigos Civiles de España (art.741), de Italia (art.254), de Méjico (art.267), de Puerto Rico (art.672), de Uruguay (art.239); en Colombia en la Ley Nº 45 de 1936 (art.1.). En otras legislaciones, como la francesa y costarricense, no se indica expresamente si debe subsistir el reconocimiento realizado en testamento, cuando éste es revocado, siendo la jurisprudencia la que ha venido a resolver el punto de conformidad con la doctrina de la irrevocabilidad. El Código argentino dispone, sin embargo, que el reconocimiento hecho en testamento puede ser revocado (art. 233).

EL RECONOCIMIENTO ES UN ACTO SOLEMNE, tal carácter está expresamente señalado en la mayor parte de las legislaciones modernas, así lo indican entre otros el Código español (art. 131), el alemán (art. 1718), el suizo (art. 303) italiano (254), austriaco (art. 163), francés (art. 334), mejicano (art. 369), costarricense (art. 120), etc.

Por eso el reconocimiento no solemne, no es capaz por sí sólo de producir efectos jurídicos, pues como está expuesto, éste requiere la confirmación judicial de la afirmación de paternidad o maternidad en él contenida; -

confirmación judicial que en cierta forma viene a constituir la "solemnidad necesaria" para que sea productor de los efectos jurídicos.

ES UN ACTO CONSTITUTIVO E IRRETROACTIVO. El reconocimiento es un acto constitutivo del estado de hijo extramatrimonial reconocido, y además, irretroactivo.

Si bien es cierto, que el reconocimiento en cuanto se refiere a crear un título de estado de hijo extramatrimonial, el reconocer -como dice Albaladejo- es constituir tal título, también lo es que la afirmación del reconocimiento, como contenido de la relación biológica de filiación es "declarativa" en cuanto se limita a declarar el hecho biológico de la paternidad, lo que no viene a crear ningún título, sino simplemente a constatarlo ante el Derecho.

"Como acto jurídico el reconocimiento es la afirmación del padre. Lo que importa en él no es, pues, la relación biológica en sí, sino que el padre declare solemnemente la existencia de tal relación".

"Si el reconocimiento fuese meramente declarativo del estado, querríase decir que ese estado existía desde antes. "Lo cual es inexacto, porque antes del reconocimiento ni el padre ocupa -como decíamos- respecto del hi-

jo la posición jurídica de padre, ni el hijo era tal ante el Derecho. Juridicamente tal hijo carecía de padre. Y, en consecuencia, es ilusorio hablar de que ambos se encontraban vinculados en un estado cuya existencia viene el - reconocimiento a declarar". (1)

Y se dice que es irretroactivo porque sus efectos jurídicos no se producen sino a partir de la constitución del nuevo estado de hijo extramatrimonial reconocido. - Pues en cuanto a los efectos personales, sería lógicamente imposible que éstos se manifestaran retroactivamente. Así por ejemplo, no sería posible adquirir la nacionalidad (2), ni tampoco la patria potestad retroactivamente, en igual forma cabe pronunciarse en cuanto a los derechos patrimoniales. Y en cuanto a los derechos sucesorios abintestato, que el hijo adquiere de su padre, no habría problema, ya que éstos surgen a partir del día en que se produjo el reconocimiento.

En definitiva, podemos afirmar con Albaladejo, - que de la constatación del estado de hijo extramatrimonial que implica el reconocimiento, se producirá la aclaración de una serie de situaciones que anteriormente se suponían

(1) Albaladejo. Ob. cit. p. 100.

(2) El artículo 17 de la Ley de Extranjería y Naturalización, N° 40 de 29 de Abril de 1950, expresamente dispone que la nacionalidad no tiene efecto retroactivo.

equivocadamente existentes o equivocadamente inexistentes, pero no unas consecuencias jurídicamente retroactivas.(1)

RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO COSTARRICENSE

Referidos ya, a grandes rasgos, algunos aspectos doctrinales y caracteres jurídicos del reconocimiento y - hecha referencia a la legislación comparada, analizaremos a continuación las disposiciones que lo regulan en el Derecho costarricense.

CUALES HIJOS PUEDEN SER RECONOCIDOS.

El artículo 118 del Código Civil Patrio dispone:

"Pueden ser reconocidos todos los hijos habidos fuera de matrimonio".

Disposición que tiene como antecedente inmediato el principio general establecido en el artículo 53 de - nuestra Constitución Política, que le brinda a toda persona el derecho a saber quienes son sus padres conforme a - la ley.

El antiguo artículo 118 disponía, como todavía lo hace el Código francés y la mayoría de las legislaciones que siguen su trayectoria, que los hijos "incestuosos o -

(1) Véase Albaladejo, Ob. cit. p. 100 ss.

adulterinos" no podían ser reconocidos. Así pues, se les negaba a los hijos de estas "categorías" el derecho a ser amparados jurídicamente por sus padres, relegándolos la ley a sufrir de por vida el estigma de ser hijos sin padre. Hoy, ya no existe esa discriminación odiosa, acercándonos, por lo menos en este aspecto, a llevar a la realidad el hermoso postulado de que todos los hombres nacemos iguales y seguimos siendo iguales ante la ley.

De modo, que, en nuestra legislación vigente, pueden ser reconocidos todos los hijos nacidos fuera de matrimonio. A este principio no se hace ninguna excepción, sin embargo, creemos que debe haberla, tanto para el reconocimiento voluntario como para el forzoso; excepción que debe existir para cuando el hijo que se pretende reconocer (o que intente ser reconocido) esté gozando del estado de hijo de matrimonio, o bien del de hijo reconocido. Ya que en ambos casos sería a todas luces inmoral el permitir tal acto. Cosa diferente sería si el reconocimiento se diese luego de haberse impugnado la paternidad o maternidad, y declarada con lugar por un tribunal competente. Muy acertada en este aspecto es la legislación colombiana, que establece que el hijo concebido por mujer casada no puede ser reconocido como natural, salvo que el marido lo desconozca y por sentencia ejecutoriada se declare que no

es hijo suyo (art. 3º, Ley Nº 45 de 1936). Precepto que bien podría ser promulgado por nuestros Legisladores.

Si bien es cierto que se ha dado un paso formidable al romper los diques que relegan a inferior condición a los hijos "incestuosos y adulterinos", también lo es - que nuestro Legislador ha pecado de excesivo laconismo en sus disposiciones. Hemos dicho que el reconocimiento es un acto personalísimo del padre o de la madre, deduciéndose, que el sujeto activo de éste será el padre o la madre (1), según quien lo otorgue. Ahora bien, las personas menores de edad pueden tener capacidad para engendrar y consiguientemente pueden ser padres; pero lo cierto es que - la "capacidad jurídica" en los menores sólo existe para - los casos excepcionales que de modo expreso señala el legislador, y éste no ha señalado, en nuestra legislación, - como caso de excepción el "poder reconocer", surgiendo naturalmente la duda, con respecto a si los padres menores pueden otorgar válidamente el reconocimiento de sus hijos habidos fuera de matrimonio. Se hace necesario indagar - en el derecho comparado y en la doctrina, con el propósito de llenar tal vacío, en tanto no se dicte una disposición concreta que venga a regular de modo definitivo tal

(1) Para la mayoría de las legislaciones sólo son sujetos activos del reconocimiento el padre o la madre natural.

situación.

Algunas legislaciones preveen el caso y dan su solución satisfactoria; otras, aunque laconicas sientan las bases para encontrarla. Así el Código Civil (federal) mejicano (art. 361), considera que tienen capacidad para reconocer quienes tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la del hijo que se va a reconocer; agregando además (art. 362), que el menor de edad puede reconocer, siempre que cuente con el consentimiento de quien o quienes ejerzan sobre él la patria potestad, o a falta de ésta con el consentimiento de su tutor, y no existiendo tutor debe proveerse de autorización judicial. El Código Civil italiano (art. 250), exige para reconocer, en el hombre la edad de dieciocho años y catorce en la mujer, salvo que éste tuviere lugar con ocasión del matrimonio, en cuyo supuesto, pese a ser la edad necesaria para contraerlo de catorce y dieciséis, respectivamente puede darse el reconocimiento a partir de los doce años en la mujer y de los catorce en el hombre, ya que la dispensa de edad es posible, y pueden, obteniéndose, casarse la mujer de doce años y el hombre de catorce (art. 84.).

La mayoría de los códigos seguidores del Napoleón y del español, no contemplan el caso concretamente, por lo que este se puede resolver de acuerdo con los principios

generales que en materia de capacidad rigen, es decir, -
permitiendo el reconocimiento siempre que el menor sea -
asistido por su representante legal, o bien dejando su so-
lución a cargo de los Tribunales. (1)

En la doctrina se han sostenido las más variadas
justificaciones en apoyo de las más diversas opiniones, al
extremo que según el decir de Carresi "doctrina y juris-
prudencia han adoptado todas las soluciones posibles". (2)

Creemos, que por ser el reconocimiento una conse-
cuencia de la paternidad, la base que debe servir para -
fijar la capacidad del sujeto activo será la capacidad -
para la procreación (de tipo físico) y el discernimiento
(capacidad de tipo psíquico) (3). Y justificado el hecho -
de la procreación y concepción de la criatura, necesaria-
mente ha de reconocerse a sus padres, aunque sean menores
de edad, la facultad para reconocer, o sea para "dejar -

(1) El Código de Holanda dice: "El reconocimiento hecho -
por un menor, no es valedero si no ha cumplido éste -
19 años. La mujer menor puede verificarlo antes de -
aquella edad (art. 373)".

(2) Citado por Albaladejo, Ob. cit. p. 134.

(3) En tal sentido se pronuncia Albaladejo, al parecer si-
guiendo a Carresi, Dusi, Azzariti y Martínez; y dice
además: "Por incapacidad natural psíquica no podrá, -
consiguientemente, reconocer el que, transitoria o ha-
bitualmente, carezca de tal capacidad, es decir, no -
puede querer conscientemente. Así, el loco, el sonámbu-
lo, el embriagado, mientras dure su perturbación".
(Ob. cit. p. 134).

constancia ante la ley del acto que ya la naturaleza ha realizado". Aún y cuando siempre se discutirá el límite de la edad que para ello es preciso señalar, no hay más - que apreciarlo individualmente, tomando la base cierta - del hecho de la procreación (1). Admirable nos parece la sentencia del Tribunal Supremo de España que estableció: "que el ser padre menor al otorgar la escritura de reconocimiento no hace a éste ineficaz, porque no constituye - ningún contrato ni hay ley que prohíba a los menores llevarlo a efecto y sería contrario a la moral que hubiesen los padres de dejar incumplida la obligación que tienen, con arreglo al Derecho natural y al positivo de reconocer y alimentar a sus hijos" (2)

En nuestros Tribunales todavía no se ha presentado el caso, y de presentarse es muy posible que nuestros Jueces lo resuelvan en forma semejante a la de la jurisprudencia española.

En todo caso, no vemos que exista impedimento alguno para que el mayor de quince años pueda reconocer, tomando en consideración que tal menor puede otorgar testamento, en el que además, puede incluirse el reconocimiento.

(1) Sobre el particular, Sánchez Román, T.V.vol.II.p.1042; Manresa, Ob. cit. T.I.,p. 566; Ciau.Ob.cit.p.214.

(2) Sentencia ya citada de 12 de junio de 1885.

Sin embargo, es costumbre acentuada en la práctica que en nuestro medio, los reconocimientos que hagan los menores de veintiún años no emancipados, se realicen mediante la asistencia de alguno de sus padres -pues ambos ejercen - por igual la patria potestad- o de quien ostente su representación legal.

Puede ocurrir la duda también con relación al reconocimiento otorgado por demente o incapaz (psíquico), - pero la doctrina tiene generalmente por aceptado que éste puede otorgarse en momentos de lucidez (con respecto al demente), ya que en esos intervalos se le reconoce la facultad hasta para otorgar testamento (1). En cuanto a los otros incapaces no podrán validamente otorgarlo.

Asunto de suma importancia, al que no hace referencia tampoco nuestra legislación, es si el hijo extramatrimonial "concebido" puede reconocerse, esto es, si puede otorgarse un estado civil a tal hijo, que no es "persona", sino a partir de su nacimiento; ya que no es sino a partir de este suceso que se le puede reputar nacido para todo lo que le favorezca y concebido trescientos días antes de su nacimiento (art. 13 Cód. Civ.). La opinión de los civilistas sobre el particular es unánime, en el sen-

(1) Así lo reconoce Cicu, Ob. cit. p. 210; Manresa, Ob. - cit. T. I., p. 566.

tido de que es perfectamente factible cuando se hace conjuntamente por ambos padres y a condición de que el hijo nazca con vida. Solución que ya contempla el Código Civil italiano en su artículo 252.

La Casación francesa, en sentencia de 10 de diciembre de 1811, al interpretar el artículo 314 del Código Civil, dispuso, que: "El hijo natural puede ser reconocido antes de su nacimiento" (1).

Sin embargo, existe discrepancia en la doctrina con respecto a la validez del reconocimiento del concebido cuando no se lleva a cabo en forma conjunta por ambos padres, en virtud de la prohibición que subsiste en la mayoría de las legislaciones actuales de revelar, cuando el acto de reconocimiento se lleva a cabo separadamente, el nombre de la persona con quien se hubo al hijo o cualquier circunstancia por la cual pueda ser reconocida (art. 119 Cod. Civ.). Al existir este impedimento legal surge la imposibilidad de hecho para reconocer separadamente, por cuanto el "concebido" no puede ser individualizado sino en relación con su madre.

(1) En igual sentido se pronuncian Colin y Capitant, Ob. cit. T. I. p. 554; Laurent, Ob. cit. T. IV, p. 76; - Cieu, Ob. cit. p. 221; Manresa, Ob. cit. T. I, p. 569; Sánchez Román, Ob. cit. T. V. vol. II, p. 1042; Albaladejo, Ob. cit. p. 154; L. Muñoz Morales, Ob. cit. p. 375.

Algunos autores como Albaladejo, quien cita a Bianchi y a Cicu (1), se pronuncian por la imposibilidad legal del reconocimiento individual del concebido; en tanto que otros creen que debe admitirse, aun a costa de identificar a la madre que no reconoce (2), o bien, aceptan la indicación de la madre como eficaz tan sólo para el efecto de la identificación del hijo (3) (4)

En nuestra legislación creemos que si es posible el reconocimiento del concebido, pero siempre y cuando este acto se lleve a cabo en forma conjunta por ambos padres y en escritura pública. De otro modo no vemos posibilidad de que pueda otorgarse válidamente. Realizado en escritura pública, producirá sus efectos jurídicos a partir del día del nacimiento del hijo. Siendo este, como bien se aprecia, un caso de excepción en el que implícitamente el reconocimiento es condicional, porque su validez estará sujeta a que el hijo concebido nazca con vida y reúna las condiciones que estipula en su aparte final el artículo 13 de nuestro Código Civil.

(1) Ob. cit. p. 155.

(2) Royo, Ob. cit., p. 279.

(3) Dussi, según lo cita Albaladejo, Ob. cit. p. 155.

(4) Muñoz Morales duda que tal reconocimiento pueda tener efectos jurídicos en Puerto Rico si no es ratificándose el documento respectivo ante el Registro Civil por ambos padres, luego de ocurrir el nacimiento del hijo. (Ob. cit. p. 377)

En cuando al no "concebido" no puede darse reconocimiento en forma alguna, por ser lógicamente imposible - afirmar la maternidad o la paternidad mientras no exista prueba de la concepción. El reconocimiento no puede darse a un ser imaginario. En esta forma se ha pronunciado el Tribunal Supremo de España, en sentencia de 19 de diciembre de 1902, en la que declaró: "Es contrario a toda lógica que pueda ser reconocido un hijo natural por medio de escrito hecho antes de su concepción". En forma semejante se pronuncia la jurisprudencia francesa e italiana (1).

RECONOCIMIENTO DEL HIJO PREMUELTO

Nuestro Código conserva la tendencia señalada por el Código Napoleón y seguida por el español, no haciendo por lo tanto, mención al reconocimiento del hijo ya fallecido. Por nuestra parte aceptamos la validez de tal reconocimiento en la legislación costarricense, siendo perfectamente factible el seguir la tendencia de la doctrina y jurisprudencia española, en el sentido de que es posible por aplicación analógica del principio del artículo 117, (semejante al 124 del Código español), que extiende los -

(1) Según lo indica Albaladejo, Ob. cit. p. 156.

efectos de la "legitimación" aún a los descendientes del hijo fallecido (1).

En donde si encontramos divergencias de criterio es en cuanto al reconocimiento del premuerto que no deja descendientes. Pues con justificada razón creen algunos autores (2) que tal reconocimiento puede ser realizado - por motivos fútiles, egoístas, con el solo deseo de recoger un mal padre, la herencia del hijo a quien no quiso - darle su nombre mientras vivió. Los que así piensan, no dejan de tener razón, pero esto puede evitarlo el legislador dictando normas adecuadas, o bien la jurisprudencia - como lo ha hecho el Tribunal Supremo de España, en sentencia de 22 de marzo de 1928, al negarle validez a tal reconocimiento "cuando el hijo fallece sin descendientes y resulte probado que al padre no lo impulsó otro motivo, al hacerlo, que el adquirir la herencia del hijo que intenta reconocer."

El criterio dominante en la doctrina es, sin embargo, que el hijo premuerto puede ser reconocido (3), por

-
- (1) De acuerdo, entre otros, los siguientes tratadistas - españoles: Sánchez Román, T. V. vol. II, p. 1029, Manresa, T. I. p. 625; Puig Peña, T. II. v. II. p. 77; - Royo, p. 269; Scaevola T. III, p. 372, etc.
- (2) Cien, ob. cit. p. 222; Royo, ob. cit. p. 269.
- (3) Algunos piensan que no es procedente el reconocimiento del hijo premuerto cuando este no ha dejado descendientes, porque falta el sujeto pasivo del reconoci-

que "hay", en efecto, una gran diferencia entre el reconocimiento y la legitimación, y lo que para uno es imposible no se puede concluir que lo sea para la otra; la legitimación es un beneficio que tiene por fin conferir un derecho nuevo al hijo; no tiene, pues, razón de ser si éste ha muerto sin dejar posteridad. Por el contrario, el reconocimiento es declarativo: constata un lazo natural, un parentesco que produce efectos útiles lo mismo para los padres que para el hijo; aporta la prueba de un hecho anterior. Se comprende, pues, que pueda realizarse en un momento en el que el hijo no se pueda aprovechar de él, y aunque no tenga descendientes" (1). (2)

En nuestra legislación puede darse tal reconocimiento sin dar origen a los problemas que se han examinado, por cuanto ella los prevee de modo satisfactorio. Así, si el padre lo realiza con el móvil de participar como heredero en la sucesión de su hijo, ²impide realizar su objetivo la disposición terminante del artículo 572, aparte c) que dice: En la sucesión de un hijo extramatrimonial, sólo

miento, y faltaría un estado de hijo natural, por lo que es imposible la realización de tal acto. (Muñoz - Morales, Ob. cit. p. 360).

(1) Planiol-Ripert-Boulanger, número 1419, según lo cita Albaladejo.

(2) Sostienen criterio favorable a este reconocimiento, - Laurent, Ob. cit. T. IV, p. 77; Colin y Capitant, Ob. cit. T. I, p. 555, Valverde, Ob. cit. p. 443.

heredará el padre cuando lo hubiere reconocido con su consentimiento o con el de la madre si fuere menor, y faltando ese consentimiento, si le hubiere suministrado alimentos durante dos años consecutivos por lo menos.

Sin embargo, no tiene nuestra legislación una norma semejante en materia de alimentos. De tal modo que parece existir la posibilidad para que el padre que ha reconocido a su hijo después de ocurrir su muerte, pudiera participar en su sucesión, cuando se dan las circunstancias que la ley señala en concepto de acreedor alimentario. Nos manifestamos en contra de tal eventualidad, porque somos del criterio de que el aparte c) del artículo 572, lleva en sí una sanción aplicable al padre que únicamente llega a reconocer a su hijo con el solo propósito de obtener un lucro; provecho que sería a todas luces inmerecido e injusto, por lo tanto debe regir, también en este supuesto, por paridad de razón el precepto del artículo 572 ya citado.

CLASES Y FORMA DE LLEVARSE A CABO EL RECONOCIMIENTO

Siguiendo adelante con el análisis de nuestro Código, nos encontramos con el artículo 119, que literalmente dice:

"Los padres de un hijo nacido fuera de matrimonio podrán reconocerlo de común acuerdo: uno de ellos podrá hacerlo separadamente; pero en este caso es prohibido revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien se hubo al hijo, lo mismo que expresar cualquier circunstancia por la que pueda ser reconocida".

Disposición que nos indica, primeramente, la existencia de dos clases de reconocimiento: unilateral y bilateral.

El primero sólo exige no revelarse el nombre de la otra persona con la que se hubo al hijo, y en caso de que pese a la prohibición se revele dicho nombre, los funcionarios del Registro Civil que verifiquen la inscripción correspondiente, harán caso omiso de tal nombre, por disponerlo así el Reglamento que rige a aquella Institución.

Esta prohibición tiene como propósito el evitar que por la simple declaración o testimonio de uno solo de los padres, dado probablemente, con móviles interesados, se le atribuya a cualquier persona una maternidad o paternidad acaso inexacta o falsa (1).

(1) El tribunal Supremo de España declaró en sentencia de 9 de junio de 1893, que "la prohibición de revelar el nombre del padre o de la madre que no concurriera al reconocimiento de un hijo natural, hecho separadamente por cualquiera de los dos, se refiere a todas lucces a dicho acto, en el cual, así por su carácter uni

Omitimos hacer referencia doctrinal, al hecho de considerar que esta clase de reconocimiento tiene carácter de provisional -como lo tiene en la mayoría de las legislaciones-, en tanto no se compruebe que el hijo reúne la condición de "natural", por carecer ya de aplicación práctica en nuestra legislación, pues como se ha expuesto, en ésta, todos los hijos pueden ser reconocidos. Y en cuanto al ejercicio de la patria potestad sobre el hijo reconocido, si fuera menor, tampoco ofrece problema, ya que según nuestro Código, ambos padres conjuntamente o uno solo de ellos pueda ejercerla (artículos 138 y 144).

Reconocimiento bilateral o conjunto, es el que ambos padres realizan en un solo acto.

Claro está que el reconocimiento otorgado en una u otra manera, no tiene carácter de incommovible, pues puede ser rechazado por el reconocido en los casos que expresamente se señalan y que serán estudiados adelante.

En cuanto a las formas de llevarse a cabo el reconocimiento, el Código acepta tres, que señala taxativamente en su artículo 121, al disponer:

"El reconocimiento se hará en

personal como por otro linaje de consideraciones, no cabe imputar a tercero una paternidad por este no reconocida voluntariamente".

testamento, en escritura publica o por declaración jurada del padre ante el Representante Legal del Patronato Nacional de la Infancia o de sus Juntas Provinciales y cuatro testigos. La inscripción en el Registro Civil se hará con certificación del acta de reconocimiento que habrá de levantarse".

RECONOCIMIENTO EN TESTAMENTO.- Aunque ya hemos adelantado criterio en relación a esta forma de constituirse el reconocimiento, y muy en especial cuando se hizo referencia al carácter de irrevocable que en sí lleva este acto, insistiremos aquí sobre algunos aspectos que no hemos mencionado.

Nuestro Código establece tres formas de testamento: Abierto, Abierto Privilegiado y Cerrado (1), en consecuencia, en cualesquiera de esas tres formas puede otorgarse legalmente el reconocimiento, con la salvedad de que el contenido en el testamento Abierto Privilegiado, sólo producirá efectos legales, como tal testamento, si el testador muere durante la situación en que se otorgó o durante los treinta días inmediatos siguientes (art. 586, in fine). De no producirse la muerte en esas condiciones, únicamente servirá como principio de prueba por escrito para fundar una acción de declaratoria de paternidad.

(1) Artículos, 583, 586, 587 y 588.

Pues después de cumplido este término sin ocurrir la muerte del testador, el testamento es nulo de pleno derecho, y aunque si bien hemos dicho que el reconocimiento se tiene por un acto distinto, aunque conste en aquél, también lo será, en este caso, por el hecho de que la liberalidad de la ley no puede ir más allá de los límites por ella -previstos.

RECONOCIMIENTO EN ESCRITURA PUBLICA. La escritura publica sólo puede otorgarse ante Notario Público, mediante -las formalidades que la ley exige para todo acto que ha -de constar en forma notarial, tales como capacidad del -otorgante y capacidad de los testigos que intervienen en el otorgamiento (dos). Cualquier otro documento así se -otorgue ante funcionario público o judicial, -salvo el caso en que excepcionalmente puede actuar como cartulario -la autoridad judicial, Alcaldes por lo corriente- no tendrá carácter de escritura pública, y será, por consiguiente, inocuo para producir de pleno derecho el reconocimiento.

RECONOCIMIENTO OTORGADO ANTE EL REPRESENTANTE LEGAL DEL -PATRONATO NACIONAL DE LA INFANCIA O DE SUS JUNTAS PROVIN-CIALES. El Patronato Nacional de la Infancia es una Institución, con plena personería jurídica, que opera desde

hace muchos años en Costa Rica, que tiene como función - primordial la defensa y protección de la infancia. Sus - representantes legales, nacional o provinciales, tienen - además la función de ser parte obligada en todo juicio, - civil o penal, en que figure como parte un menor.

Nuestro Legislador, en forma sumamente acertada, ha autorizado a los Representantes Legales de dicha Institución para que ante ellos pueda otorgarse con plena validez el reconocimiento. Consideramos acertada esta autorización, por cuanto las funciones de dichos representantes son gratuitas con respecto a terceros. De modo que los padres ya no dejarán de otorgar un reconocimiento por carecer del dinero para el pago de los gastos de escritura pública. (1)

Las formalidades que requiere esta última forma de reconocimiento es que la declaración de paternidad o de maternidad, la realice el respectivo padre mediante juramento y ante cuatro testigos idóneos. Dicho documento debe ser firmado por el Representante Legal, el padre que reconoce y testigos, si supiere o pudieren hacerlo, de lo contrario se dejará constancia del motivo que lo impide.

Se aprecia pues, que estos son las tres únicas -

(1) Esta forma de reconocimiento podrá darse únicamente - en caso de ser menor de edad el reconocido.

formas en que puede llevarse a cabo el reconocimiento voluntario en Costa Rica. En otros países, por lo corriente, se permite que el reconocimiento se lleve a efecto ante el Registro Civil, a la hora de practicar la inscripción de nacimiento del hijo.

Ahora bien, para que el reconocimiento realizado en cualesquiera de esas tres formas surta efectos de pleno derecho, requiérese obtener certificación del acto en que se otorgó para presentarla en el Registro Civil para su debida inscripción.

CONSENTIMIENTO DEL HIJO

El artículo 120 del Código Civil dice:

"El hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento. - Si el reconocido es menor de edad, podrá rechazar el reconocimiento - cuando sea emancipado o mayor; pero deberá hacerlo dentro de dos años - contados desde la emancipación o la mayoría, si antes tenía noticia - del reconocimiento, y en otro caso desde que la tuvo, y quedará obligado, si rechaza el reconocimiento, a devolver los alimentos recibidos."

En la doctrina española se ha comentado mucho la disposición del artículo 133 del Código Civil, muy semejante a nuestro artículo 120, siendo, por lo tanto, muy variadas las opiniones de los autores. Algunos critican

(De Diego, Sánchez Román, Castán, etc.) la exigencia de tal consentimiento por parte del reconocido e indican que no parece justo el hacer depender el reconocimiento de la simple voluntad del hijo, y que a lo más que se debe llegar sería a permitírsele impugnarlo; ya que "la constatación del vínculo parental y la creación de un estado no deben depender de la voluntad del hijo" (1), porque los derechos y deberes que el reconocimiento implica no nacen de su voluntad sino de un hecho indestructible y superior a ésta (2).

Otros, por el contrario, creen que si el reconocimiento da derechos al hijo, también le impone obligaciones y a nadie pueden imponerse éstas contra su voluntad (2)

(1) Albaladejo. Ob. cit. p. 163.

(2) El Tribunal Supremo de España, dispuso en relación al art. 133: "Este precepto no autoriza a sostener, ni lógica ni legalmente, que el derecho familiar de filiación, legítima o natural, sea renunciable, porque evidentemente afecta al estado civil de las personas y está comprendido entre los que se refieren al orden público que exceptúa de la renuncia el párrafo 2º del art. 4º del Código Civil". Sentencia de 25 de junio de 1909.

(3) Para Manresa "tal argumento no tiene valor ni fuerza alguna; porque si el hecho de la filiación ha sido ajeno a la voluntad del hijo y es verdad que no puede borrarse en el orden natural de la vida, hay mayor razón en dejarle en libertad para que lo acepte con todas sus consecuencias, o lo rechace, máxime cuando la relación de afecto, de vida común y de educación conjunta, no existe en los casos del hijo natural, que, por el contrario, tiene contra el padre o la madre, o contra ambos, el agravio de haberlo abandonado o expuesto cuando más necesitaba de cuidados. Esta falta

La razón de la necesidad del consentimiento del - hijo puede explicarse, además, por el hecho de impedir - que una persona que sabe no ser hijo extramatrimonial de otra, pueda ser reconocido eficazmente como tal hijo; o - bien, con el propósito de evitar que recaiga sobre la per- sona reconocida la carga de la prueba -harto difícil por ser negativa- de la no paternidad extramatrimonial, si de seara destruir por impugnación un reconocimiento para cu- ya eficacia no hiciese falta su consentimiento. (1)

Aceptamos el criterio de Albaladejo (2) en el sen- tido de que el reconocimiento debe aceptarse aun sin con- sentimiento del hijo, una vez probada la filiación median- te el supuesto de una declaración judicial, que se obten- dria en forma semejante a la declaración de paternidad o maternidad. Pero eso si, evitando al mismo tiempo que el padre aquiera los derechos correspondientes sobre el reco-

de la condición de amor, que es la fundamental en la familia y en todas las relaciones sociales, puede lle- gar al efecto contrario, especialmente con relación - al padre, cuando sobre éste pesa la culpa del abando- no de la madre, cosa que el hijo puede conocer y que no se suele perdonar. Es, pues, muy racional la facultad de renuncia conce- dida al mayor, que tiene ya discernimiento para juz- gar de un acto como aquél y en el cual concurren las condiciones mencionadas. Por igual motivo lo es la - del menor en los cuatro años siguientes al de su ma- yor edad, para "impugnar el reconocimiento". Hay otra razón, además, y es la pérdida que sufre en su condi- ción el hijo, quedando sujeto con los derechos que ad- quiere el padre.

(1) (2) Ver Albaladejo, Ob. cit. p. 164.

nocido, cuando éste no esté conforme con ello. Nos parece ser esta la solución más adecuada al problema que al respecto se plantea, pues por un lado se elimina la posibilidad de que el reconocimiento -que en sí implica la - constitución de un estado- quede sujeto a la simple voluntad del hijo; por otra parte, también se evita que el padre desafecto se aproveche inmerecidamente de los derechos que sobre el hijo y su patrimonio le confiere el reconocimiento.

En caso que el reconocimiento se otorgue a favor de un menor, a éste le queda a salvo el derecho para rechazarlo cuando sea mayor o emancipado y hasta dos años - después de ocurrir cualesquiera de estos hechos, y caso - de no haber tenido noticias del reconocimiento, podrá rechazarlo en el término de dos años a partir del día en - que fué sabedor de haber ocurrido dicho acto.

El Código español (art. 133) dispone que el reconocimiento que no se realice en el acta de nacimiento o - en testamento otorgado a favor de un menor, requiere para su validez autorización judicial que se obtendrá mediante la intervención del Ministerio Fiscal; quedándole el derecho al reconocido para impugnarlo hasta cuatro años después de ocurrir su mayoría. Otras legislaciones exigen que el reconocimiento de paternidad de un menor se obtenga

mediante el consentimiento de su madre. Disposiciones - que tienen como motivación el evitar que un padre incierto o presunto, realice el reconocimiento con deseo de lucrar inmerecidamente.

En cuanto a la forma en que el hijo mayor debe - prestar su consentimiento, puede ser en el mismo acto de reconocimiento si éste se lleva a cabo en escritura pública. No compareciendo el reconocido a la hora de otorgarse, o bien, hecho el reconocimiento en testamento, bastará con una simple manifestación escrita y autenticada por abogado en que el hijo manifieste su aceptación, la cual se presentará ante el Registro Civil.

Ahora bien, el consentimiento puede ser tácito en el caso de haberse reconocido a un menor que dejó transcurrir el término de dos años después de su emancipación o mayoría sin haberse opuesto al mismo; salvo que ignore haber sido reconocido.

Y en el supuesto de que el hijo al llegar a su mayoría no desee que prevalezca el reconocimiento podrá - rechazarlo, lo que hará mediante la presentación del correspondiente recurso ante el Registro Civil. Y quedará obligado a devolver a su reconocedor, los alimentos que - aquél le hubiere suministrado.

RECLAMO DEL RECONOCIMIENTO

El artículo 122 del Código Civil Patrio, es en nuestro concepto sumamente impreciso. Antes de exponer nuestras razones copiamos dicho texto que a la letra dice:

"El reconocimiento que haga el padre o la madre, y todo reclamo por parte del hijo, podrán ser disputados en juicio por cualquiera que demuestre tener interés inmediato; pero el reconocimiento no puede ser nunca contestado por quien lo hizo, ni por sus herederos".

El Legislador al disponer que el "reconocimiento puede ser disputado en juicio por quien demuestre interés inmediato, pero que no puede ser nunca contestado por quien lo hizo, ni por sus herederos", ha llevado, a nuestro parecer, la defensa del reconocimiento a extremos lamentables.

Tal y como está redactada esta disposición pareciera que únicamente el reconocido y sus herederos podrán rechazar el reconocimiento, pues estos últimos serán los únicos que puedan alegar válidamente el interés inmediato que exige la norma, pese a que es evidente que tal interés puede existir en los herederos del reconocedor, por cuya parte sólo éstos podrían tenerlo; sin embargo, todo parece indicar que no tienen facultades legales para invalidar dicho reconocimiento.

Es patente el hecho de haber incurrido nuestro - Legislador en demasiada ligereza al redactar este artículo. Es muy posible que tal redacción tenga por causa el criterio de Laurent, sostenido al comentar una legislación que sustenta principios bastante opuestos a los que hoy - día, en esta materia, informan a la nuestra (1)

En la misma forma que señalaremos los errores del legislador en materia de investigación de la paternidad, por haber seguido un criterio bastante restringido, aquí también lo criticamos por haber ignorado hechos reales, - que al no contemplarlos pueden originar una serie de dudas y confusiones que desnaturalizan y pueden llevarnos - hasta dudar de la seriedad de la institución del reconocimiento.

No es difícil apreciar, que esta situación puede

(1) Decía Laurent: "Si la ley prohíbe al hijo buscar a su padre, debe con más razón prohibir la investigación - de la paternidad que los herederos intenten contra el hijo. Este tiene un derecho moral que los autores del Código no han tenido en cuenta por motivos de orden - público; menos aún puede serles permitido a los herederos que no tienen más que un interés pecunario. Si el legislador prohíbe la investigación de paternidad, porque la naturaleza, según Bigot-Préameneu, ha cubierto de un velo impenetrable la transmisión de nuestra existencia, no hay motivo para establecer una distinción en pro de los herederos cuando respecto de ellos subsiste esa misma circunstancia". (citado por Muscias Scaevola, Ob. cit. p. 425. T. III.

dar origen a que una persona sin escrúpulos, reconocida - por quien jamás tuvo relaciones con su madre se aproveche de la imposibilidad en que está su "benefactor" o sus herederos, para compartir un caudal sucesorio que no le corresponde en absoluto. Caso semejante todavía no se ha presentado ante nuestros Tribunales. Pero si este llegara a presentarse, creemos -en tanto no se reforme esta - disposición-, que habría que resolverlo de acuerdo con - los principios que nos proporciona nuestra legislación en materia de nulidad por vicios de consentimiento, aun y - cuando no dejamos de comprender que éstos regulan un régimen diferente, si hemos de estar de acuerdo con las particularidades que se han señalado en la naturaleza jurídica de las instituciones en comentario. Pues no vemos otro - camino accesible, si queremos evitar que pueda subsistir una situación contraria a la realidad, que por consiguiente no debe ser amparada por el derecho.

El Código español (arts. 133 - 138) regula en forma acertada la impugnación del reconocimiento, disponiendo que esta acción la pueden ejercitar todos aquellos a quienes perjudique. La jurisprudencia ha interpretado - que aun el reconocedor puede ejercitarla, al disponer el Tribunal Supremo que "El reconocimiento hecho por un padre no puede ser anulado en virtud de posteriores manifestaciones del mismo, contrarias a la paternidad, sin per-

juicio de que pueda invalidarse por error (siempre que se compruebe y derive de hechos trascendentales), dolo, intimidación o violencia". (sentencia de 25 de junio de 1909)

DERECHO DEL HIJO RECONOCIDO ESPONTANEAMENTE O POR SENTENCIA.

El reconocimiento, ya sea voluntario o en virtud de pronunciamiento judicial, viene a establecer la relación paterno filial, concediendo un carácter jurídico a la relación familiar, relación que ya la Naturaleza tenía establecida por el mero hecho de la procreación.

Son realmente excepcionales las legislaciones que como la costarricense, no hacen diferencia en cuanto a los derechos y obligaciones que tienen respecto a sus padres los hijos de matrimonio con los extramatrimoniales. La mayoría de las legislaciones señalan la distinción, limitando más o menos sus derechos, en cuanto a los hijos que ellas consideran como "naturales" en relación a los "legítimos", y los niegan en cuanto a los demás hijos, "adulterinos e incestuosos", con la sola excepción, por lo general, en lo que se refiere a la obligación alimentaria de sus padres.

El artículo 127 de nuestro Código dispone:

"El hijo reconocido espontaneamente o por sentencia tiene derecho:

- 1) A llevar el apellido de sus padres;
- 2) A ser alimentado por ellos; y
- 3) A sucederles ab-intestato.

Si el hijo no fuere reconocido, -- llevará los dos apellidos de su madre, y si ella llevare uno solo, -- repetirá este."

Analizaremos seguidamente cada uno de los tres incisos de esta disposición:

PRIMERO: Precepto que por sí solo refleja bastante claridad, y el que además lo contemplan generalmente -- todas las legislaciones. Aunque si bien, conviene aclarar que en Costa Rica no se presenta el problema, muy comentado en la doctrina, con relación a cuál es el apellido que debe usar primero el hijo extramatrimonial reconocido por ambos padres, es decir, si éste debe ser el del padre o el de la madre. Decimos que entre nosotros no se presenta problema al respecto, por cuanto según se infiere del artículo 240, inciso 4º, ibidem, en relación con -- el Reglamento del Registro Civil, el apellido del padre -- debe anteceder al de la madre, una vez realizada la inscripción del reconocimiento en el Registro. Y en caso de que el hijo extramatrimonial no haya sido reconocido por su padre, sea voluntariamente o por sentencia, llevará -- los dos apellidos de la madre, y si ella llevare uno solo, repetirá éste (art. 127, in fine.).

SEGUNDO: No hace tampoco, nuestra ley, diferencia en cuanto a los derechos alimentarios del hijo extramatrimonial en relación al hijo de matrimonio. Ya que en todo caso estos "han de ser proporcionados al caudal del que los debe y a las circunstancias del que los recibe; y en caso de que el alimentario sea menor de edad, ha de darsele no sólo con que satisfacer las necesidades corrientes de la vida, sino también lo preciso para su educación y la enseñanza de una profesión u oficio". (Artículo 157) del Código Civil y art. 4º, Ley de Pensiones Alimenticias Nº 1620 de 5 de agosto de 1953).

El padre del hijo reconocido tiene también la obligación de suministrar alimentos a los hijos y demás descendientes de aquél, en caso que éstos lleguen a necesitarlos y en defecto de no poderlos suministrar sus respectivos padres. Obligación correlativa tiene el reconocido como sus descendientes respecto a los ascendientes del reconocedor; por cuanto nuestra ley dispone que los alimentos se deben a descendientes y ascendientes, sin establecer al efecto ninguna diferencia entre los lazos de parentesco producidos o no por el matrimonio. En este punto - nuestra Ley de Alimentos está conforme y armoniza ampliamente con los principios Constitucionales, que igualmente impulsaron su reforma.

Conviene advertir que, en cuanto a la obligación alimentaria del padre a favor de su hijo extramatrimonial reconocido, todas las legislaciones modernas la aceptan, siempre y cuando tales hijos no tengan la condición de hijos "adulterinos o incestuosos", ya sea por no concurrir la circunstancia de reconocimiento voluntario, o bien por no haber existido proceso por adulterio o por incesto, en virtud del cual se haya llegado a la comprobación judicial de la paternidad.

TERCERO: Como ha quedado expuesto, en Costa Rica por imperativo Constitucional, los padres tienen las mismas obligaciones respecto a los hijos nacidos en matrimonio que con los habidos fuera de él. Sin embargo, rigiéndonos en el sistema sucesorio el principio de la libre testamentifacción, fácilmente se llega a presumir que el hijo extramatrimonial sólo puede participar como heredero obligatorio cuando la Sucesión de su padre se tramite intestada; caso en el que le corresponderá igual porción que la del hijo matrimonial, si lo hubiese. Tal es el contenido de lo dispuesto en el artículo 572, aparte primero, del Código Civil Patrio. Ahora bien, si la Sucesión del padre se tramitara testada siendo el hijo extramatrimonial menor, éste siempre tendrá derecho a reclamar alimentos, ^{en caso que haya sido desheredado de la sucesión} lo que se le asegurarán hasta su mayoría o a la obtención de una profesión u oficio.

Justo es reconocer que nuestro ordenamiento es en este aspecto un tanto avanzado y radical, ya que -por lo corriente,- ni aún en aquellas legislaciones que tratan - con bastante liberalidad a los hijos nacidos fuera de matrimonio, llegan a la equiparación completa con los hijos matrimoniales en materia de régimen sucesorio.

C A P I T U L O V I

INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD

LA INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD

CONCEPTOS GENERALES

La conocida controversia que como cuestión de principios se viene sosteniendo entre los partidarios y los opositores de la investigación de la paternidad, tuvo sus inicios, fundamentalmente, en el derecho francés. Sabemos que los unos sostienen el antiguo criterio imperante en esta legislación, de la absoluta libertad en la investigación de la paternidad y maternidad, ya que se considera que ello implica un beneficio para los hijos, lo que además, está en mayor concordancia con el Derecho Natural. En tanto que los otros la niegan porque creen que es atentatoria al orden social, a la moral pública y al interés de la familia. Otros, en fin, sostienen un criterio intermedio y por consiguiente la impugnan en cuanto a la paternidad, aduciendo al efecto, que el acto de la procreación es un misterio impenetrable; mientras que la aceptan en cuanto a la maternidad, bajo el supuesto de que la madre es siempre conocida y el parto es un hecho de fácil comprobación, quedando, en tal caso, limitada la controversia a la determinación de la identidad del hijo.

Nos parece necesario transcribir algunas opiniones de quienes sostienen uno u otro criterio. Veamos primeramente la opinión de algunos autores que tomaron parte en la discusión que motivó el artículo 340 del Código Napoleón (1).

Bigot-Prémeneu decía en su exposición de motivos sobre el indicado texto:

"...Desde largo tiempo en el antiguo régimen, un grito general se elevó contra dichas investigaciones. Estas exponían a los Tribunales a los pleitos más escandalosos, a los juicios más arbitrarios y a la jurisprudencia más variable. El hombre de conducta más intachable, aquel cuyos cabellos habían encanecido en el ejercicio de todas las virtudes, no estaba al abrigo de una mujer impúdica o de hijos que le eran extraños. Este género de calumnia dejaba siempre consecuencias dolorosas. Las investigaciones de la paternidad se consideraban como una plaga de la sociedad".

El tribuno Lehary, en su informe a nombre de la sección de Legislación y comentando el mismo artículo, ha

(1) Dicho artículo decía: "Queda prohibida la investigación de la paternidad. En caso de rapto cuando la época en que se hubiere realizado, corresponda a la concepción, podrá ser el raptor considerado padre del niño a instancia de los interesados".

nifestaba lo siguiente:

"...Nada más frecuente en otros tiempos que estas audaces reclamaciones de estado que asediaban por todas partes a los Tribunales. ¡Cuántas mujeres impúdicas osaban publicar su debilidad bajo el pretexto de recobrar su honor! ¡Cuántos intrigantes, nacidos en la condición mas abyecta, tenían el inconcebible atrevimiento de intentar a introducirse en las familias más distinguidas y, sobre todo, más opulentas: ábrase la colección de causas célebres y no podremos menos de asombrarnos de la insuficiencia de nuestras leyes, sobre tan importante objeto, o de la temeridad de aquellos que se procuran un título para extraviar la justicia y turbar el orden social. Por fin esta ley hará cesar la lucha escandalosa, casi siempre funesta a las costumbres que no podían menos de producir las disposiciones antiguas. La investigación de la paternidad está prohibida".

"He aquí una regla tan general como importante -agregaba- y que no debe olvidarse jamás. Sólo debe hacerse excepción de ella, en el caso de rapto cuando el embarazo de la madre datare del tiempo en que este se hubiere verificado. El raptor entonces a instancia de parte interesada podrá ser declarado padre del hijo".

"El proyecto que rechaza la investigación de la paternidad permite que se busque a la madre. Establecida la ma-

maternidad sobre hechos ciertos o positivos, ha parecido difícil que pudiera extraviarse la justicia en este punto, sobre todo después de las preocupaciones que se han tomado, y no permitiéndose como no se permite a no ser que ha ya un principio de prueba por escrito".

"No será permitida la investigación, ora de la paternidad, ora de la maternidad, al hijo fruto del incesto o del adulterio. Nada más inmoral, nada más contrario a la conveniencia pública, que el que la ley otorgue su protección a ese ser monstruoso, quien para procurarse algunos alimentos acusaría a sus padres del crimen de que se supone haber nacido".

El tribuno Duveyrier también combatía en el seno del cuerpo legislativo francés la investigación de la paternidad, argumentando:

"Ha sido constante opinión que la Naturaleza ha cubierto la paternidad con un velo impenetrable; lo ha sido también la de que el matrimonio se hallaba establecido para demostrar, en defecto de prueba material, esta paternidad misteriosa, y precisamente fuera del matrimonio se pretendía penetrar en el misterio y descubrir la paternidad. Los pleitos que esto ocasionaba eran la deshonra de la justicia y la desolación de la sociedad. Las presunciones, los indicios, las conjeturas erigidas en prue

bas y la arbitrariedad en principio, el más vergonzoso - tráfico sobre los más dulces sentimientos; todas las clases, todas las familias entregadas a la afrenta o al temor. Al lado de una desgraciada que reclamaba auxilios en nombre y a expensas del honor, mil prostitutas especulaban con la publicidad de su vida licenciosa y subastaban la paternidad de que disponían. Se buscaba un padre al hijo que podía ser reclamado por veinte, y se elegía siempre que era posible al más virtuoso, al más honrado y rico, para fijar el precio de su silencio por la importancia del escándalo".

"Siendo el objeto del matrimonio ofrecer a la sociedad, ya que no la prueba material, al menos la presunción legal de la paternidad, es evidente que cuando el matrimonio no existe no hay tampoco signo material ni legal de aquella. La paternidad se nos ofrece como lo que es ante la ley y ante los hombres: un misterio impenetrable y sería injusto, a la vez que insensato, querer convencer a un hombre contra su voluntad de un hecho cuya certidumbre no descansa en las combinaciones de la Naturaleza ni en las instituciones de la sociedad. Por esto, remontándonos a una verdad fundamental, llegamos naturalmente y sin esfuerzos a esta regla primera: la imposibilidad de declaraciones de paternidad hipotéticas y arbitrarias, y la prohibición irrevocable de investigaciones escandalo-

sas, poco favorables para el hijo abandonado y que llevan en cambio la discordia a las familias y el desorden al cuerpo social...".

Cambacerès, se mostraba también partidario de la prohibición diciendo:

"Se sabe que en el trato social es fácil divulgar una presunción de paternidad que no ha existido nunca y con cuyas apariencias se han perjudicado muchas veces las costumbres por investigaciones inquisitoriales que se procuraban justificar por la pretendida debilidad del sexo. Que desaparezca este abuso, y con él diversos medios para la seducción y la perversidad; así las costumbres tendrán otros tantos menos enemigos y las pasiones un freno más. Las mujeres se harán más reservadas cuando sepan que al ceder sin adoptar precauciones para asegurar el estado de su descendencia, serán las únicas responsables de su falta. Los hombres serán más cautos y menos perversos cuando vean que promesas hechas por el sentimiento no son ya un pasatiempo, y que se hallan sujetos al cumplimiento de los deberes de la paternidad respecto de los hijos producto de una obligación contraída con la doble garantía del honor y del amor".

Alrededor de estas argumentaciones divagan los adversarios de la investigación de la paternidad, muy llana

das a tomarse en cuenta por ser éstas, probablemente, las que motivaron la redacción del artículo 340 del Código - francés, principio que también ha sido seguido por todas aquellas legislaciones que continuaron la tendencia de dicho Cuerpo Legal. No obstante, y con mayor razón dado - nuestro criterio en favor de la investigación, creemos - también necesaria la transcripción de algunos párrafos de notables tratadistas partidarios de la investigación. Así, Ahrens desde el punto de vista jurídico se muestra categórico aduciendo:

"Que los hijos naturales nacidos de uniones que la moral reprueba, sufren las graves consecuencias de las faltas de sus padres cuando se ven privados de la atmósfera - bienhechora de la vida familiar; pero deben pretender todos los derechos que se derivan de su estado civil, derechos que deben serle garantidos por el Estado. Este no puede obligar a los padres a reparar su falta, respecto de los hijos, por un matrimonio subsiguiente, dado que - esta unión debe ser libre siempre que sea posible; pero ha de asegurar a todo hijo el derecho de exigir el reconocimiento de sus padres. El estado no puede, pues, sancionar ningún medio para destruir este derecho: por el - contrario, debe abrir al hijo y a su madre todas las - vías legales para obtener del padre el conocimiento de su estado, pues el hijo lo tiene para gozar de un estado civil. El principio de la prohibición de la investiga-

ción de la paternidad formulado por el Código Francés y por otros, ha sido inspirado por una falsa consideración al escándalo que resultaba de pleitos semejantes y por la esperanza de que ejercería una saludable influencia sobre las costumbres, haciendo a las mujeres más celosas de su honor; pero esta defensa es una violación flagrante de un principio de justicia, tanto con relación a la madre como al hijo, puesto que lo que da como resultado es exigir al padre de la obligación natural de atender a la subsistencia y educación de aquél. Es evidente, por otra parte, que a las mujeres que corpore quoestum faciunt y a los hijos que puedan tener, les sería difícil promover un litigio de dicha naturaleza a consecuencia de la imposibilidad de la prueba y de la ausencia de toda presunción legal en favor de la madre; pero toda mujer que no esté en situación degradante debe poder reclamar el reconocimiento de su hijo. Este derecho existe en otras legislaciones de Europa y los Estados Unidos, y tanto la justicia como la moralidad pública exigen que sea de nuevo afirmado por las legislaciones que lo abolieron. La ley puede tomar las medidas convenientes para evitar especulaciones vergonzosas, pero el principio en sí mismo debe ser respetado".

Laurent se muestra decidido defensor de la investigación de la paternidad, en su obra Principios de Dere-

cho Civil francés, argumentando, que:

"La prohibición de la investigación deroga un principio de derecho natural. El padre contrae obligaciones con relación al hijo: consiguientemente el hijo debía tener el derecho de buscar a su padre para obligarle a cumplir las. ¿Por qué la ley le rehusa este derecho? -Se pregunta Laurent, quien a la vez contesta- "El legislador ha temido la incertidumbre de la prueba. Cuando el hijo nace del matrimonio, la ley establece la filiación sobre presunciones; éstas desaparecen cuando el hijo es fruto del concubinato. Precisaría acudir a la prueba directa, que es casi imposible cuando el pretendido padre no ha reconocido la paternidad. La antigua jurisprudencia admitía la investigación; de ello resultaban procesos escandalosos y fallos injustos, pues la madre escogía a menudo entre los hombres que habían tenido comercio ilícito con ella al más rico, al más considerado, a fin de atribuirle una paternidad en extremo dudosa".

"Esta -continúa exponiendo Laurent- es una de las fases de la cuestión. Hay otra que han olvidado los autores del Código francés. Podían haber subordinado la investigación de la paternidad a determinados casos y con ciertos requisitos, como lo han hecho respecto a la investigación de la maternidad. Así hubieran dado satisfacción al derecho del hijo en vez de sacrificarlo. El escanda-

lo no debía tenerlos, porque los que se quejan son de ordinario los culpables. No se busca nunca la paternidad entre los hombres que no frecuentan la sociedad viciosa. El legislador ha olvidado, además, que si hay mujeres impúdicas, hay también hombres infames, y queriendo proteger a las personas honradas, lo que hace establecer un premio en favor de los que carecen de fe y de ley".

Y más adelante agrega: "No pretendemos negar los abusos, pero diremos que si el antiguo derecho concedía una prima a las prostitutas, el nuevo otorga un privilegio a una raza que no es más honrada que la de aquellas, a la canalla de guantes amarillos, como afirma con frase gráfica Vauvenargues."

Belime, en su "Filosofía del Derecho" indica: "La cuestión de saber si la investigación de paternidad debe ser permitida al hijo extramatrimonial, depende de otras cuya solución debe precederla: La primera, tiene un derecho que hacer valer ante su padre, a la cual contesto afirmativamente, pues es evidente que los padres están obligados a educar y sostener al hijo. Ninguna legislación ha desconocido este principio en cuanto hace a la madre, y sería insólito pretender que los lazos que unen al padre a su hijo son menos fuertes o de distinta naturaleza".

"Si, pues, se reconoce al hijo extramatrimonial, el dere

cho a buscar a su madre, a la vez que se le rechaza ese mismo derecho contra el padre, no puede ser porque el derecho que asiste al hijo sea menor; debe haber otra razón que motive esa diferencia. Consistirá esa razón en la imposibilidad de la prueba?, porque es sabido que no basta la existencia de un derecho para que la ley lo consagre, se ha de probar. Es evidente que el hecho sea de más difícil prueba que el de la maternidad, porque el parto es una circunstancia palpable, mientras que la concepción está envuelta en el misterio. Esto, no obstante, no es imposible hacer constar el hecho de la paternidad; sino con completa evidencia, con un grado de probabilidad tan grande como es posible y hay necesidad de contentarse en la mayor parte de los casos humanos". (1)

Cimbali (2) también la defiende partiendo del principio de la reparación del daño causado, por eso afirma:

"que si tal principio domina inconcusamente cuando proviene de daños materiales y morales gravísimos a un mismo tiempo, dando existencia a seres a quienes se niega después, junto al reconocimiento las condiciones mismas de la vida".

(1) Citado por Tomás Cardo, "La Filiación" Tesis doctoral, Madrid, 1910, p. 42 y 43.

(2) Citado por Mascius Scaevola, Ob.cit.T.III, p. 405.

Luego añade: "La dificultad de justificar, con prueba relativamente segura, la relación de paternidad natural, no es ya una razón para excluir absolutamente la investigación, como la posibilidad del abuso no es su suficiente para impedir el uso legítimo de un derecho. La una y la otra son causas solamente eficaces para aconsejar al legislador y exigir, como garantía de la seguridad y del decoro de los ciudadanos para preservarlos de imprudentes ataques, una serie de condiciones y de presunciones bastante graves antes de consentir las indagaciones sobre la paternidad".

Menger en su obra "Derecho Civil del Proletariado" cita a Brüggemann, en su impugnación a la ley prusiana de 24 de abril de 1854, admensiva a la excepción de honestidad, cuando dice:

"Es verdad que cuando el pastor o el rebaño saben que el lobo las asecha, éste se hace más tímido y aquél más precavido. Pero jamás he oído que los propietarios de grandes manadas hayan colocado en su proximidades grandes grupos de lobos para aumentar la vigilancia de los pastores; y si se quisiera dar mayor seguridad a la propiedad, sabiendo que se halla expuesta a robos, nadie propondría dejar en libertad e impunes a los ladrones para que la propiedad se custodie mejor. Nosotros dejamos libre al sexo masculino de todas las trabas, excitándole al asal-

to, y para justificarlo decimos que de ese modo el sexo femenino haciéndose más cauto, resultará más honesto".

Puestas en parangón las argumentaciones sostenidas respectivamente por los que combaten y defienden la investigación de paternidad, tenemos que llegar al convencimiento de que son superiores las de los segundos sobre los primeros, pues como dice el comentarista Muscius Scaevola:

"Frente al razonamiento fundamental e irrefutable expuesto por Ahrens, de que teniendo toda persona derecho a un estado civil, debe el Estado asegurarle los medios para obtenerlo; en oposición al formulado por Laurent de que la prohibición de investigar la paternidad destruye el principio de que si el padre por el mero hecho de serlo, contrae obligaciones con el hijo, éste debe tener consiguientemente el derecho de buscar a aquél para obligarle a su cumplimiento, sólo alegan los defensores de la prohibición una razón de orden secundario, como es la eventualidad de los abusos a que puede dar lugar el ejercicio de tal derecho, y decimos de orden secundario, porque nunca ha sido motivo científico y racional para suprimir una facultad los abusos más o menos probables a que pudiera dar lugar su práctica. Además, si la mejor ley según Cambacérès, es aquella que favorece el progreso de la moral pública, como dice al combatir la investi

gación, no alcanzamos a comprender se declare y entienda que la ley viene a favorecer la moral cuando por cortar un abuso se incurre en otro, en el de alentar la inmuni-
dad, y, como expresa Laurent, por querer proteger a las personas honradas lo que se hace es establecer un privilegio en favor de los que carecen de fe y de ley".

"Será un abuso, será un escándalo, no lo negamos, que una persona intente con medios reprobados por la moral atribuirse una condición jurídica sabiendo no le pertenece; y será temerario que la ley lo autorice, aunque no de modo directo; pero más escandaloso y más arbitrario es permitir que una persona abandone a quien ha dado el ser y prohíba a ésta averiguar quién es su progenitor. El hecho realizado en el primer caso podrá constituir una usurpación del estado civil, aunque tampoco revistirá estos caracteres con arreglo al derecho positivo penal; mas verificado en el segundo sería aun más grave. Es en puridad el abandono de un niño delito previsto y penado en los art. 480 y 481 del Código respectivo, con la circunstancia agravante del parentesco. Por otra parte, las consecuencias de uno y otro hecho no admiten comparación. El primero ocasionaría gastos y los disgustos inherentes a todo litigio: en el segundo sus efectos van más allá. El hijo abandonado puede morir de hambre por no tener quien le preste alimentos, y no recibiendo tampoco la educación que le correspondería por la fortuna -

de su padre, en vez de ser un miembro útil a la sociedad acaso sea un ignorante, cuando no un criminal".

"... Hablar, pues, como lo hace Bigot-Préameneu, de pleitos escandalosos y de fallos arbitrarios, es hacer sobre aquellos mismos hacia los que tanto respeto quiere aparentar, la causa de los abusos que nos presentan, pero sin alterar en lo más mínimo la virtualidad del principio, - que permanece incólume. A nadie se le ha ocurrido pensar y sostener que porque los encargados de aplicar las leyes hayan dictado un fallo injusto o arbitrario en cuestiones de propiedad o de posesión, por ejemplo, deba prohibirse la acción reivindicatoria o suprimirse los interdictos. Lo que indica la sana crítica en este caso - es castigar la ignorancia o la omisión; no el que incurriendo en esta una persona, sufra otra las consecuencias especialmente si son tan perjudiciales como la privación o restricción de un derecho".

"De más fuerza aparece a primera vista -continúa diciendo el citado comentarista,- la objeción que hace Duveyriere de que constituyendo el patrimonio una presunción legal de la paternidad, fuera de él no es posible afirmar presunción ninguna; pero este razonamiento, aunque cierto, no es pertinente, puesto que se trata de cuestiones esencialmente distintas. La investigación de paternidad no tiene por objeto establecer a priori presunción de ningún género, como en el caso de matrimonio, sino permitir

al hijo el ejercicio de un derecho encaminado a buscar y obtener un estado civil".

"No se intenta tampoco establecer un signo indeleble de la legitimidad, por decirlo así, del hijo natural, mediante el cual, y sin necesidad de prueba, se adquiriera la certidumbre absoluta de aquélla, cosa que sucede en el caso de matrimonio; se pretende sólo se conceda al hijo el derecho de probar su filiación y se declare la paternidad una vez esté demostrada. La diferencia, pues, entre ambos casos es radical".

Y más adelante agrega: "Cabe alegar un último razonamiento en pro de la investigación de la paternidad. Es tendencia instintiva de los seres irracionales buscar a aquellos otros que los han creado y de quienes proceden; ¿por qué prohibir esta misma tendencia reflexiva al hombre, ser racional por excelencia? ¿Por qué truncar una ley natural e irresistible, innata en todos los seres? El hombre sabe que su nacimiento es debido a la unión sexual de un varón y de una mujer; ¿en virtud de que principio científico o de justicia se le impide que desee averiguar quién ha sido ese varón? Difícil es contestar a tales preguntas. Lo que resulta fácil de expresar la consecuencia que de ellas se deduce: los hombres, seres racionales, han berrado y destruido un derecho que los demás de la creación respetan y acatan, como fundado que está en las leyes supremas por

que se rige la Naturaleza". (1)

Vistos, pues, las deducciones de los defensores de la investigación de la paternidad, hay que reconocer que el legislador francés de 1804, exageró un tanto las fundamentaciones que originaron el artículo 340 del Code Civile. Ciertamente que la prueba directa de la paternidad es imposible, sin embargo, no es difícil la reunión de tal número de presunciones como para poder considerarla como probada dentro de lo humanamente posible. "En realidad con el pretexto un poco hipócrita de temor de los escándalos, en 1804 se quiso asegurar la protección de las familias legítimas contra las consecuencias de las disipaciones de la juventud, y los redactores del Código encubrieron cuidadosamente ese objetivo, bajo preocupaciones morales. Anunciaban que la prohibición haría a las mujeres más reservadas y que por tanto, desminuiría la mala conducta de los hombres. La realidad no parece haber comprendido a aquel pronóstico y se culpa al artículo 340 de ser el causante de muchos abortos y hasta de infanticidios por parte de las solteras madres abandonadas y sin recursos. La irresponsabilidad absoluta del padre natural por las consecuencias de su desarreglo era un estimulante para el libertinaje. ¡Valiente protección a la familia, la que incita a los hombres y a los jóvenes al desorden! ¿Có-

(1) Ob. cit. T. III, p. 406 y ss.

mo equilibrar el afán de no turbar la tranquilidad de la familia, con la obligación natural impuesta a aquel que trajo al mundo un hijo, de atender a su educación y mantención?".

(1)

El artículo 340 constituía sin duda una lamentable tara del Código francés. Por eso la reacción pública contra aquel precepto no se hizo esperar. Tan cierto es esto que la misma jurisprudencia se esforzó, posteriormente a su vigencia, por eludir " hasta donde fuera posible la prohibición del artículo 340, autorizando a las madres solteras para reclamar a su seductor una indemnización, fundándose en el principio consagrado por el artículo 1382, es decir en el perjuicio que hubiere causado el autor del embarazo"(2).

No fue sino después de muchos infructuosos intentos de derogatoria que el legislador francés decidió reformar -- por ley de 16 de noviembre de 1912 el tantas veces citado -- art. 340, ampliando los casos en que es posible intentar -- una acción de declaratoria judicial de paternidad; reforma que todavía está en vigencia en dicha legislación.

La prohibición de investigación de la paternidad -- fué un principio seguido estrictamente por las legislaciones que se inspiraron en el Código Francés. Pero poco a po

(1) Planiol y Ripert. Ob. cit. T. II, p. 695.

(2) J. Bonnet, Elementos de Derecho Civil T. I. Edt. -- Puebla, México, 1945., p. 605.

co éstas han ido ampliando los casos en que se permite la investigación y algunas sobrepasan los límites del precepto del art. 340. Hoy, cuando toman cada día mayor fuerza las nuevas tendencias sociales que aspiran a atemperar, por lo menos en parte, las desigualdades humanas, los Estados se ven forzados a incluir en sus legislaciones el reconocimiento y desarrollo de los principios de justicia social, que al fin y al cabo van produciendo el derrumbe de la muralla legal mantenida contra la investigación de la paternidad.

Sin embargo, siempre nos parece oportuno, aun y cuando sea someramente, hacer una clasificación de las legislaciones contemporáneas, según permitan la investigación de la paternidad con reservas, o mejor dicho una comprobación judicial de ésta, o bien que la admitan libremente.(1)

En el primer grupo tenemos las legislaciones que establecen algunas circunstancias por las cuales se permite presumir la paternidad. Por tal motivo, lo que realmente sucede en éstas, no es más que una comprobación judicial de la paternidad, por lo que creemos impreciso usar el término

(1) Manresa las divide en tres grupos: uno que establece la prohibición absoluta, incluyendo en éste al Código francés antes de la reforma del art. 340; otro que acepta la libre investigación; y el tercero, que llega sólo a una prohibición relativa". Ob. cit. T. 1º, p. 745 ss. Espín Cánovas las clasifica en cuatro grupos, del siguiente modo: 1º. Criterio prohibitivo absoluto; 2º. Criterio prohibitivo pero con amplias excepciones; 3º. Criterio permisivo pero con eficacia restringida a los alimentos; y 4º. Criterio permisivo con equiparación a los hijos legítimos (Ob.cit.T.IV.,p.249 ss.)

"investigación"(1). Antes de seguir adelante cabe advertir, que esta clasificación la hacemos, en sentido general, en consideración a los derechos de los hijos considerados como "naturales". Las legislaciones de este grupo coinciden en el establecimiento de las circunstancias necesarias para verificar dicha declaración de paternidad, tales como: existencia de un escrito privado o no, en que el padre confiese expresamente su paternidad, o se deduzca ésta de modo evidente; si hubo seducción de la madre mediante abuso de autoridad o maniobras dolosas, (como esponsales o promesa de matrimonio) comprobándose estos hechos por medios fehacientes; cuando exista coincidencia del rapto, incesto, estupro o violación de la madre, con la época probable de la concepción; cuando el padre ha procurado el mantenimiento y educación del hijo, siempre y cuando ese proceder no obedezca a motivo diferente al de la condición de padre; cuando el hijo se haya en posesión de estado de hijo extramatrimonial del presunto padre, justificada por sus actos propios o los de sus familiares; si la paternidad resulta comprobada aunque sea indirectamente de sentencia civil o penal; si padre y madre han vivido en concubinato al tiempo probable de la concepción. Exigen estas condiciones el Código de España - (art. 135), de Francia, art. 340; de Bélgica, art. 340; de

(1) Ver página 163 y siguientes.

Italia, art. 267; de Portugal, art. 130; de Méjico (federal) art. 382; de Costa Rica, art. 124 y los Códigos panameño, - brasileño, peruano, del Estado de Luisiana, etc. La legislación colombiana establece el derecho del hijo "ilegitimo" a citar a su presunto padre para que personalmente ante el Juez y bajo juramento, declare si reconoce o no la paternidad que se le imputa; si la admite, o no comparece, a pesar de haber sido citado por dos veces y no alegare impedimento por justa causa, será declarada la paternidad (Arts. 68 y - 69 de la Ley Nº 153 de 1887), en forma semejante regula la declaración judicial de paternidad el Código chileno.

Entre las legislaciones que admiten libremente la - investigación de paternidad, aceptando toda clase de pruebas, aunque con efectos más o menos restringidos una vez de mostrada la paternidad, nos encontramos con la alemana y la suiza, en las cuales (arts. 1717, 1718 y 314, 315 de los Códigos civiles respectivos) lo importante es demostrar el hecho de la cohabitación coetánea en la época de la concepción, comprobación que puede hacerse por cualquier medio ordinario de prueba. El presunto padre, puede, sin embargo, una vez probada la cohabitación con la madre en la época de la concepción del hijo, hacer uso de dos excepciones: La primera tendiente a demostrar que la madre ha tenido relaciones con otros hombres en el periodo probable de la concepción; y la segunda, demostrando que según las circunstancias

es imposible que la madre haya concebido al hijo por obra del demandado. (Tales excepciones también las admite el Código francés). Para la comprobación de estas excepciones se podrán emplear las pruebas que demuestren la imposibilidad física de acceso con la madre o para engendrar, y aún las de raza, caracteres y sangre; teniendo esta última un gran valor para establecer la prueba negativa en estos procesos. En cuanto a los efectos que produce la declaración de paternidad, cabe hacer diferencia entre ambas legislaciones; así, para la alemana, el padre declarado debe abonar a la madre los gastos de parto, alimentos durante las seis semanas siguientes a éste, y todos los otros gastos que hayan sido necesarios como consecuencia del alumbramiento. La acción para reclamar esos derechos puede ejercerse aun antes del nacimiento del hijo. En tanto, que el Código suizo es más amplio en cuanto a los efectos que produce la paternidad declarada, los que pueden ser distintos según se establezca la acción para obtener ciertas prestaciones de carácter pecunario en favor de la madre y del hijo, o bien que se persiga la declaración de paternidad. Así por ejemplo, si la declaración de paternidad se fundamenta en el hecho de haber el demandado prometido contraer matrimonio con la madre, o, por haber constituido la cohabitación con ésta un acto criminal o un abuso de autoridad, el hijo adquiere los derechos de hijo matrimonial. Mientras que no estando fun-

dada la declaración de paternidad en uno de estos dos casos, pero habiéndose probado ésta, el hijo tendrá derecho a que el padre lo alimente y lo eduque. La acción no prosperará si el presunto padre alega y prueba alguna de las excepciones apuntadas anteriormente, y además, si la mujer fuere casada y el hijo tuviere a su favor la presunción de legítimo tampoco podrá prosperar la acción, salvo que su "ilegitimidad" hubiese sido declarada judicialmente.

Podemos añadir también, como legislaciones que aceptan libremente la investigación de la paternidad, las de Argentina, Inglaterra, Suecia, Noruega, Dinamarca, Hungría, algunos Estados de los Estados Unidos de Norte América, Guatemala, Honduras, Salvador, el Código Soviético de la Familia de 1927, etc.

Refiriéndonos ahora a la investigación de la maternidad, conviene indicar que en el derecho francés ésta se permitía en todos los casos, sin restricción alguna, para lo cual podían emplearse cualesquiera de los medios probatorios.

Pero luego se llegó a exigir al hijo que quisiera investigar su filiación materna un principio de prueba por escrito. Les pareció a los autores del Código francés, que así la ley sostenía el equilibrio entre los derechos del hijo para reclamar su madre, y los de la madre para ponerse -

al abrigo de acciones injustificadas que evidentemente perjudicarían su reputación. Consistiendo dicha restricción - en las pruebas en cuanto a la identidad del hijo; ya que el Código supone cierto el hecho del parto, preocupándose pues, por la prueba de la identidad.

La comprobación de la maternidad no ofrece, lógicamente, los problemas que implica la comprobación de la paternidad, que han obligado al legislador a determinarla por medio de presunciones. Como se ha dicho, la Naturaleza cubre a la paternidad con un velo hasta el momento impenetrable, con el que también se cubren, en no pocos casos, los "Don Juanes" para burlar la investigación judicial. Con la maternidad no sucede lo mismo. Este es un fenómeno que está a la vista de todos: la futura madre difícilmente podrá ocultar su embarazo. Razón que sirve de sustento a la mayoría de las legislaciones para permitir, con suma amplitud, su investigación, salvo el caso de que la presunta madre es tuviere casada por el tiempo en que se intentare la acción; exclusión que hacen muchos Códigos contemporáneos, por respeto y consideración a la institución del matrimonio y a la familia legítima, -según lo indican algunos expositores- para evitar los posibles escándalos y perturbaciones en las uniones conyugales. Aunque a la ligera se puede apreciar un alto grado de fundamento en esta prohibición, no participamos de esta idea, porque según nuestro pensar, implica -

hasta cierto punto un acto inmoral al sacrificarse al hijo -víctima inocente- para proteger el supuesto estado de inocencia de quien es parte responsable en el nacimiento de la criatura. No es más que "la protección de la ley a la infidelidad de la mujer casada, con la tremenda injusticia de dejar desamparado al hijo, fruto de aquella infidelidad e inocente del delito de sus progenitores" (1). Prohibición que la encontramos en el Código uruguayo (art. 242), en el argentino (art. 326) y en muchos otros más.

Otras legislaciones, como la francesa (art. 341.C. c.), española, (art. 136 C.c.) e italiana (art. 270 C.c.), exigen para la investigación de la maternidad que se justifique el hecho del parto y la identidad del hijo; mientras que la mejicana, alemana, suiza, costarricense y otras tantas, presumen la maternidad por el solo hecho del nacimiento y admiten las pruebas sin limitación.

El Código civil español (art. 136) acepta la investigación de la maternidad cuando existe alguna de las circunstancias por las que se permite la de paternidad; pero, como está dicho, probándose el hecho del parto, para lo que no hay limitación de pruebas.

En cuanto a quién compete el ejercicio de la acción de investigación de la maternidad, se acepta por lo general,

(1) Lic. Salas Miranda, Ob. cit. p. 379.

que ésta es absolutamente privativa del hijo.

En lo referente a los efectos que la declaración de maternidad produce, existen algunas divergencias, habiendo legislaciones que la asimilan a la declaración de paternidad, por lo que tendrá derecho el hijo a llevar el apellido de su madre, obligaciones recíprocas de proporcionarse alimentos, derechos de carácter sucesorio en favor de ascendientes, también recíprocos; y en fin, derecho de la madre para ejercer la patria potestad. Pero, otras legislaciones limitan tales derechos sobre todo en el caso de que la madre tenga otros hijos habidos en matrimonio; y por último algunas legislaciones le conceden al hijo en relación a su madre, la condición de "legítimo".

Hasta aquí hemos comentado la legislación comparada en relación a la investigación de la paternidad y la maternidad, aplicada al hijo habido fuera de matrimonio que tiene la condición de "natural". Pues como ya se ha expuesto la legislación costarricense sólo acepta dos categorías de hijos -matrimoniales y extramatrimoniales-, sin embargo, nos parece no deja de tener importancia el referirnos a cómo regulan otros ordenamientos legales las acciones de investigación de paternidad y maternidad, según se trate de hijos en quienes concorra o no la condición de "naturales", por lo cual también nos referimos a continuación a cómo se

regula en el derecho comparado, dichas investigaciones - cuando se trata de hijos "ilegítimos" que constituyen las categorías de adulterios, incestuosos, manceres, espúreos y sacrílegos, que todavía ocupan, en su grado la atención de las legislaciones, aunque con referencia por lo común, a las dos primeras categorías, ya que las siguientes casi han desaparecido del todo, aumentando la categoría de los "hijos naturales". Así, pues, pese al arraigo que día con día adquieren las nuevas ideas de reivindicación social, - todavía existe en muchos países el impedimento absoluto a estas categorías de hijos, para que puedan ejercer acción alguna de investigación.

Los Códigos alemán y suizo permiten que todos los hijos extramatrimoniales puedan reconocerse, sea voluntariamente o por pronunciamiento judicial, tanto en cuanto al - padre como en cuanto a la madre. Las legislaciones mejicana, colombiana y costarricense también admiten con mucha liberalidad, las investigaciones de paternidad o maternidad, aunque someten su ejercicio a ciertos requisitos probatorios y sobre todo con respecto a la paternidad. En estas legislaciones, los hijos extramatrimoniales reconocidos - en una u otra forma, tienen derecho a ser alimentados por sus padres, asimismo a ser educados y hasta se les reconoce el derecho de suceder abintestato, sea en igual o en menor proporción a los hijos de matrimonio.

En España (art. 139 y ss. del C.c.) el hijo tiene - derecho a ser alimentado por sus padres cuando la paternidad o maternidad haya sido declarada por sentencia civil o penal, o bien, cuando ha habido reconocimiento voluntario - siempre y cuando conste en documento indubitado en que expresamente se reconozca tal filiación, agregando que en - cuanto a la maternidad basta con probar el hecho del parto y la identidad del hijo. Fuera de estos casos no se admitirá ni directa ni indirectamente demanda que tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos que no tengan la condición de naturales. Criterio seguido por algunos códigos entre los que se pueden citar el de Portugal y el de Panamá.

En el derecho francés estas categorías de hijos, - los que no obstante no pueden ser reconocidos para los efectos de una posible legitimación, - se les concede el derecho a reclamar alimentos, siempre y cuando el respectivo padre haya contraído explícita o implícitamente tal compromiso, - lo que puede ser justificado con cualquier prueba. En esto coincide reiterada jurisprudencia de la Corte de Casación - de los años 1932 y 1935, al declarar: "El Juez ante quien - se demostró la existencia de la obligación y la mande ejecutar y cumplir, no va contra el artículo 335 del Código civil. que prohíbe el reconocimiento de estos hijos (adulterinos o incestuosos), porque no se trata en tal caso de un re

conocimiento, ni se ocasionan los efectos del mismo, ni vulnera tampoco el artículo 342, porque no se pretende establecer una filiación, sino reconocer y cumplir una obligación determinada de alimentos".

La Ley Nº 357 de 1940 de Republica Dominicana dispone entre otras consideraciones, lo siguiente:

"Art. 3º. - El hijo nacido de una unión adulterina de sus padres puede ser reconocido: 1º.- Cuando no es el fruto de una unión adulterina de la madre. 2º.- Cuando, siendo el fruto de una unión adulterina de la madre, ha sido desconocido por el conyuge de ésta; 3º.- Cuando, en todo caso, no esté favorecido por la presunción de legitimidad del art.- 312 del Código Civil."

"Art. 4º.- Se prohíbe el reconocimiento de los hijos incestuos, salvo el caso que se pruebe la buena fe del padre".

Y el

"Art. 8º.-dice- La acción de declaración de paternidad es inadmisibile si durante el período de la concepción la madre ha tenido relaciones sexuales con más de un individuo, o una conducta licenciosa, o si el presunto padre ha estado en la imposibilidad física de procrear".

La legislación de Venezuela considera dos categorías de hijos: matrimoniales y extramatrimoniales; a los que se les da igual consideración. Pero establece, que no pueden ser reconocidos ni cabe investigar la paternidad de los hi-

jos extramatrimoniales cuyo padre tuviese impedimento no dispensable para contraer matrimonio al tiempo de la concepción, en tanto no desaparezca dicho impedimento. Por lo cual, mientras subsista ese impedimento, tales hijos carecen de todo derecho, aun el de exigir alimentos.

LA INVESTIGACION EN COSTA RICA

Vista ya la situación jurídica de los hijos extramatrimoniales en sus diferentes categorías a través de algunas legislaciones europeas y americanas, analizaremos y comentaremos seguidamente las disposiciones concretas que contiene el Capítulo Quinto, Título Quinto del Libro Primero del Código Civil costarricense, reformado, como todo el Título dicho, por Ley 1443 de 21 de Mayo de 1952.

Hemos expuesto que tal Reforma tuvo su origen, fundamentalmente, en los artículos 53 y 54 de nuestra Constitución Política de 1949, en la que se elevaron dichos preceptos al grado de "Garantías Sociales". Los citados artículos hicieron posible que desaparecieran los obstáculos que, con muy pocas variantes, se mantenían en el Código Civil desde 1888 (1) en contra de los hijos "adulterinos e incestuosos", a quienes se les menguaban sus derechos derivados

(1) Arts. 118, 125 y 128.

de la filiación casi en forma absoluta, tal y como ha sido el criterio tradicional en la materia.

Sin embargo, tales principios Constitucionales no fueron, según nuestro entender, seguidos adecuadamente por el legislador como se expresará más adelante.

Respecto a la investigación de la maternidad se permite con bastante amplitud, o mejor dicho libremente, al disponerse en el artículo 123 que:

"Es permitido al hijo y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Sin embargo, si la mujer estuviere casada y viviere con su marido, la investigación sólo procederá en los casos que señala el artículo 124.

En primer término tenemos que dicha acción puede ser ejercitada por el hijo y en su defecto, por sus descendientes. Pero ésta no es imprescriptible. Se encuentra sujeta a los plazos estipulados por el artículo 126 que más adelante se examinará.

Para la demostración de la maternidad se empleará cualquier medio ordinario de prueba, que son según el artículo 720 del Código Civil: la cosa juzgada, la confesión de partes, los documentos, las deposiciones de testigos, los dictámenes de peritos y las presunciones e indicios. Es de

cir que no hay limitación alguna en los medios probatorios para la investigación de la maternidad.

En el Código italiano se exige para la admisibilidad de la acción de declaración judicial de maternidad natutal, que concurren indicios tales que la hagan aparecer justificada, debiendo decidir el Tribunal previamente en se---sión secreta y sin ninguna publicidad (art. 274). El Código francés no permite la prueba testimonial si no hay un principio de prueba por escrito (art. 341); lo mismo exige el Código Belga (art. 341).

En caso que la mujer estuviere casada y viviere con su marido no procede la investigación de maternidad, aun y cuando el Código diga que procederá en los casos señalados por el artículo 124; lo que aquí existirá -como lo comentaremos en el art. siguiente,- será "comprobación judicial de la maternidad", pero no una investigación en el sentido literal de la palabra.

La investigación de maternidad es generalmente aceptada por legislaciones y comentaristas, ya que en cuanto a ella no existen la diversidad de criterios que se producen en la investigación de la paternidad. Los más decididos enemigos de la investigación de la paternidad, la admiten en cuanto a la maternidad, aunque si bien se puede apreciar cierta divergencia en lo que se refiere a los medios proba-

torios. Para unos la investigación debe existir libremente, sin limitación de ningún género respecto a la prueba; en tanto que para otros debe existir limitación. Criterios que hemos podido apreciar en las legislaciones ya comentadas.

A pesar de los principios de hondo contenido humano que condensa la Constitución Política de 1949 de la República de Costa Rica, es posible interpretar -como lo interpretamos nosotros- que el Constituyente abrió ampliamente las puertas a la libre investigación de paternidad, lo cierto es que otra fue la idea del legislador a este respecto al promulgar la Ley 1443 ya citada, que vino a armonizar el Código Civil con los nuevos principios constitucionales. En efecto, se estableció lo siguiente en el artículo 124:

"La investigación de paternidad es permitida:

- 1).- Cuando exista escrito en que el padre declare expresamente su paternidad;
- 2).- Cuando esté el hijo en posesión notoria de estado; y
- 3).- Cuando en caso de estupro, violación, rapto o incesto, la época de la concepción coincida con la del hecho punible en los términos del artículo 100; y cuando en el caso de unión de hecho pública, singular y estable por más de un año de los padres, exista igual coincidencia.

Como criticaremos esta norma lo más conveniente es

hacer algunas referencias a su origen. Para lo cual nada -
mejor que recurrir a la transcripción de algunos párrafos -
del discurso pronunciado por el Diputado Lic. Antonio Pica-
do Guerrero como miembro de la Comisión de Legislación de -
la Asamblea Legislativa, el día 16 de abril de 1952 ~~con~~ oca-
sión de discutirse, precisamente, la promulgación de este -
artículo, predominando su criterio en la forma que se le -
dió a dicho precepto. aunque si bien no de modo absoluto. -
El citado Diputado expresó lo siguiente:

"El proyecto de la Comisión sienta como regla general que
la investigación de paternidad es permitida en los casos -
que señala el artículo 124 y amplía esa investigación a -
los hijos adulterinos en todos aquellos casos en que no -
ataca el hogar matrimonial existente. Así por ejemplo, se
permite la investigación cuando existe divorcio o separa-
ción judicial de cuerpos, o separación de hecho, o cuando
ha fallecido uno de los cónyuges, y sólo se prohíbe cuando
el presunto padre tiene formado su hogar y vive con su es-
posa. Con ese criterio se armonizan los artículos 51 a 54
de la Constitución, en la inteligencia que el Constituyen-
te se orientó principalmente en las corrientes jurídicas -
modernas que tienden a ampliar lo más posible la investiga-
ción de paternidad, pero sin sacrificio del hogar matrimo-
nial. La moción Elizondo conduciría a la legislación al -
extremo opuesto de las prohibiciones y restricciones hoy -

existentes, ya que permitiría, a mi entender, la investigación sin limitaciones de ninguna especie, ni en cuanto a - las causas mismas que pueden autorizarla, ni en cuanto a - los medios de prueba, ni respecto al tiempo en que debe ejercitarse la acción. Esa libertad absoluta para la investigación de paternidad y maternidad constituiría, indudablemente, una amenaza para el matrimonio legalmente constituido, pues podría caerse en los mismos abusos y chantajes que se presentaron en Francia cuando existió la libertad de investigación y que condujeron al extremo opuesto de prohibir totalmente la investigación de la paternidad natural. No fue sino después de unos treinta años de nuevos intentos por permitir en ciertos casos la investigación, que se promulgó la Ley de 1912, que en algunos aspectos es más severa que la legislación nuestra vigente".

"...La Comisión de Legislación, al estudiar el proyecto de ley, no puso en duda ni un momento que esta Asamblea tenía facultades para imponer, por medio de la ley, cualesquiera restricciones a la investigación de la paternidad, como tampoco puso en duda ni un momento que estaba en sus facultades, sin que lo estorbara la Constitución, la de aceptar la investigación prohibiendo la mayoría de las restricciones hoy existentes. Pensó de ese modo, porque, a su juicio, la expresión "conforme a la ley" era sumamente clara en el sentido de que el texto constitucional dejó a la ley el desa-

rrollo o reglamentación del principio fundamental de la investigación de la paternidad. Sorpresa le causó, pues, a la Comisión la moción del estimado compañero Elizondo Cerdas, fundada en que la expresión "conforme a la ley" se refiere únicamente al procedimiento que debe señalar la ley para la investigación; pero como ese respetable parecer ha sido acuerpado por el de otros distinguidos profesionales, inclusive por algunos que fueron Constituyentes; cabe analizarlo en el intento de demostrar que es erróneo".

Y más adelante agrega: "El "Derecho de Familia" ha hecho notables avances y se le considera básico para la buena organización de la sociedad. Bien hizo entonces la Constituyente al incluir en la nueva Carta Política, en su capítulo "Derechos y Garantías Sociales" los principios básicos de ese Derecho de Familia, y hay que admitir desde luego, - que en la enunciación de esos principios, la Constituyente se trazó un plan armónico y que no pudo estar en la mente - de sus representantes consignar reglas contradictorias o de aplicación contrapuesta. Por lo mismo, en lo que nos interesa para el caso en examen, hay que aceptar que los artículos 51, 52, 53 y 54 de la Constitución deben interpretarse y aplicarse como un conjunto armónico y no como textos que se contradicen. El 51 establece que: "la familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección del Estado. Igualmente tendrán derecho a esa protección la madre, el niño, el anciano y el enfermo desva-

lido"; el 52 reza que: "El matrimonio es la base esencial -- de la familia y descansa en la igualdad de derechos de los cónyuges"; el 53 dispone que: "Los padres tienen con sus -- hijos habidos fuera de matrimonio las mismas obligaciones -- que con los habidos en él. Toda persona tiene derecho a sa-- ber quienes son sus padres conforme a la ley"; y el 54 de-- clara que: "Se prohíbe toda calificación personal sobre la naturaleza de la filiación". Como bien se comprende, esos cuatro artículos contiene los principios esenciales del de-- recho de familia costarricense, y es evidente que el desa-- rrollo y reglamentación de esos principios comprende a la -- ley, reglamentación que debe consignarse sustancialmente en el Código Civil por ser el cuerpo legal que contiene las -- disposiciones de fondo o sustantivas del derecho privado. -- Ahora bien, en una interpretación armónica de esos textos -- constitucionales, no es dable admitir que el Constituyente, si establecía en el artículo 52 que el matrimonio es la ba-- se esencial de la familia, creara a su vez en el párrafo se-- gundo del artículo 53 la libre investigación de paternidad, la cual, como se ha aceptado siempre, ofrece numerosos ca-- sos en que no sólo pone en peligro la estabilidad del hogar matrimonial, sino que lo destruye; y que si disponía de un modo general en el artículo 51 la protección del niño, sa-- crifique en determinados casos, en aras de la libre investi-- gación de la paternidad, al hijo nacido de matrimonio".

"La Comisión entendió por la redacción de los cuatro artículos citados, que el propósito del Constituyente fue de liberalidad o amplitud para la investigación de la paternidad - en beneficio del hijo nacido fuera de matrimonio, sin que esa liberalidad o amplitud pudiera llegar hasta socavar los cimientos del matrimonio, elevado por la Carta Política a - "base esencial de la familia". "De ahí que en el articulado que propone el dictamen, amplie la investigación de paternidad aun a casos de hijos adulterinos o incestuosos, pero que la prohíba en el caso de que el padre viva con su esposa. Y tenía que entenderlo así la Comisión, tanto por la - interpretación armónica de que se ha hecho mérito, como por que el art. 53 no consagró lisa y llanamente el concepto de que toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres, sino que lo calificó con la excepción "conforme a la ley". Esta última frase dentro de una interpretación lógica tiene que significar que la Constitución deja a la ley - la reglamentación de la investigación de la paternidad, materia sumamente compleja, que ha levantado en todos los países arduas discusiones en las Cámaras, en las Universidades y en el público. Entender como lo pretenden quienes creen que el art. 53 estipuló la libre investigación de la paternidad, que la expresión "conforme a la ley" se refiere al - procedimiento para investigar la paternidad, es, a mi modo de ver, un evidente error: primera porque sería alterar la

redacción "conforme a la ley" por otra "de acuerdo con el - procedimiento que señale la ley" u otra semejante; y segun- do porque con esa inteligencia, sobraría dicha expresión, - ya que es sabido que toda acción tiene señalada en el Cód- igo de Procedimientos Civiles o en una ley especial el modo de ejercitarla. Establecida la acción de libre investiga- ción de paternidad, la ley diría en todo caso el modo de - ejercitarla, bien en vía ordinaria, o ya en forma sumaria, y para eso resultaría del todo inútil el agregado "conforme a la ley". "La expresión conforme a la ley, entraña una cues- tión básica, de fondo, sustantiva, cual es, que la ley regu- lará los principios a que estará sometida la investigación de paternidad". "Esos principios pueden ser -sin que haya choque con la Constitución- desde la investigación sujeta a grandes restricciones hasta la casi absoluta libertad de in- vestigación, mientras ésta no vaya contra la base esencial de la familia, el matrimonio", "El procedimiento para hacer efectiva esa acción, si bien importante, es secundario, de mera forma, adjetivo y no sustantivo. "Como regla sustanti- va, la expresión "conforme a la ley" tiene perfecta explica- ción en el art. 53; como regla adjetiva carecería de todo - significado práctico y no habría habido necesidad de que - figurase en ese texto". "Como regla sustantiva armoniza con el artículo 52 de la Constitución; interpretada como regla adjetiva dejaría en contradicción los artículos 52 y 53".(1)

(1) Disertación publicada íntegra en la Revista del Colegio

Se aprecia que la tendencia propugnada por el Lic. Picado Guerrero en nombre de la Comisión de Legislación de la Asamblea Legislativa, era aún menos favorable en cuanto a la investigación de paternidad, que el texto que en definitiva se aprobó.

Con el propósito de facilitar nuestro comentario - consideraremos las argumentaciones anteriores en tres senti dos diferentes: Desde un primer aspecto notamos que ellas - no son sino las mismas ideas -ya consignadas- vertidas por los tribunos franceses en la discusión que motivó el art. - 314 del "Code Civile". Esto es, temor a los posibles escán dalos que la investigación puede originar y defensa absolu ta a la institución del matrimonio que en sí viene a consti tuir una muralla para todo intento de investigación. El se gundo aspecto, de la brillante disertación del Lic. Picado Guerrero, se aprecia como defensa a la armonía que debe - existir en los textos constitucionales; y, finalmente la in terpretación que da a la frase "conforme a la ley" del artí culo 53 de la Constitución Política.

Manifestada nuestra inconformidad desde un princi pio por la redacción que se le dió al art. 124 -en cuyo aná lisis seguimos,- y por ser el criterio del Diputado Picado Guerrero -como también se expuso- el determinante en la re-

de Abogados de Costa Rica, N° 76, de Abril de 1952, p. 123 ss.

dación que prevaleció en el citado texto, lo refutaremos - en cada uno de esos tres aspectos en que dividimos sus citas argumentaciones, en la siguiente forma:

Primero: No vamos a repetir aquí los argumentos ya expuestos de los defensores de la investigación de la paternidad que para el caso tienen perfecto acoplamiento y por lo tanto a ellas nos remitimos.

Sin embargo, no está de más citar el criterio del - tratadista costarricense profesor Alberto Brenes Córdoba, - cuando al comentar las disposiciones ya hoy derogadas exponía:

"En este punto nuestra ley se hace eco de las antiguas - preocupaciones que contra el esclarecimiento de la paternidad han existido en el mundo jurídico, nacidas del temor de posibles falsas atribuciones de descendencia ilegítima con miras interesadas, a lo que debe añadirse el recelo en cuanto al escándalo social que los procesos relativos a esos - puntos serían dados a producir".

"Pero nada de eso en realidad tiene valor a los ojos de una crítica despreocupada y justiciera, pues aparte de que en - el enjuiciamiento moderno los litigantes gozan de amplios - medios de defensa y el juzgador aprecia libre y soberanamente la prueba, razón por la cual hoy no son de temer abusos o errores al respecto, la bien entendida conveniencia pública pide que se dé libre acceso a la discusión judicial de -

la paternidad ilegítima a efecto de hacer que los padres — sientan el peso de la responsabilidad de sus actos y atiendan como es debido a las necesidades de seres que han llegado a la vida, y quienes no tienen por qué soportar las consecuencias de acciones que no le son imputables" (1).

Segundo. En cuanto a este aspecto lo replicamos transcribiendo el voto salvado del Magistrado Juan Jacobo Luis, de la Sala Primera Civil, de su sentencia de las diez horas y cuarenta y cinco minutos de dieciséis de octubre de 1956, — en cuyo Considerando cuarto entre otros motivos dice:

"... De cómo se regula el derecho es aspecto secundario; — pues lo trascendente fué la eliminación de circunstancias impeditivas que existían en determinados casos para investigar la paternidad. Resulta oportuno destacar en este capítulo, someras consideraciones, relacionadas con algunos artículos del indidado Título V sobre "Derechos y Garantías Sociales" de nuestra actual Constitución. No hay duda sobre la importancia dada al matrimonio en el artículo 52, — al constituir esa unión legalizada de hombre y mujer, la base esencial de la familia. Mas no se puede ignorar que en artículo que precede, el 51, el Estado tiene a la familia como elemento natural y fundamento de la sociedad, ba-

(1) "Tratado de las Personas", Edit. San José, C. Rica. — 1936, p. 205.

jo su especial protección e igualmente tiene derecho a esa protección, entre otros, la madre y el niño. Según el diccionario de la Real Academia Española, el vocablo familia significa "gente que vive en una casa bajo la autoridad de ella; conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje; parentela inmediata de uno; prole o conjunto de individuos que tienen alguna condición común; conjunto de personas vinculadas por parentesco". A su vez, entre otras acepciones el vocablo linaje significa, ascendencia o descendencia de cualquier familia. De lo transcrito resulta fácil colegir, que, sin capitis diminutio, la Constitución actual coloca bajo la égida protectora del Estado a la familia en el sentido amplio y genérico del conjunto de personas vinculadas por parentesco o linaje y aun cuando ella no esté organizada dentro del ámbito de la formalidad extrínseca contractual del matrimonio. Es idéntica la protección de cualquier familia indiscriminada, de acuerdo con nuestra actual Constitución. Resulta absurdo posponer los derechos e intereses del "niño", ampliamente garantizados sin limitación alguna, arguyendo, como lo hace la parte demandada en el caso de autos, que esa actitud menoscaba la integridad del matrimonio, colocándola en un plano preferencial en el ordenamiento del derecho familiar. Cuando tanto el matrimonio como la familia de cualquier integración, y el niño, todos en pie de igualdad, son elementos objeto de la protección del Estado".

Cualquier consideración nuestra en apoyo de la tesis sustentada por el Magistrado Jacobo Luis creemos estaría -- por demás, por lo tanto sirvan sus frases de réplica absoluta al punto que tratamos de desvirtuar de las argumentaciones del Lic. Picado Guerrero.

Tercero. Conforme a este aspecto sostenemos el criterio -- que el Constituyente al enunciar el principio general de -- que "Toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres conforme a la ley"; con la frase "conforme a la ley" -- no perseguía otra cosa sino el darle contenido en la realidad y en la práctica al postulado de que todos tienen derecho a saber quienes son sus padres. Sabemos que es corriente encontrar en las legislaciones normas puramente enunciativas de un principio de alto contenido jurídico, político, moral o social, que luego no es desarrollado por otras normas de eficacia práctica, quedando en consecuencia aquél como una frase altamente sonora y agradable. En el caso en -- análisis el Constituyente no quiso que tal principio tuviera el carácter de meramente "enunciativo", por el contrario, para darle aplicación práctica usó la frase "conforme a la ley", en el sentido de que ésta (La ley corriente) se encargaría de regular el procedimiento para ejercitar tal "derecho", imponiendo de esta manera una pauta taxativa por donde tenía que discurrir el legislador corriente; esto es que dicha frase se refiere al procedimiento y no al derecho sus

tantivo, tal y como lo sostuvo el Diputado Lic. Elizondo - Cerdas y la fracción legislativa que le dió su apoyo. Por eso no creemos que el Constituyente dejara en manos del legislador corriente el establecer y regular los casos en que las personas tienen derecho a saber quienes son sus padres, como lo vino a establecer la Ley 1443 al reformar el Código Civil y concretamente los artículos 123 in fine, y 124. Preceptos, que como se analizarán, no les conceden el derecho a toda persona de saber quienes son sus padres, contradiciendo de este modo, a todas luces, la norma taxativa del texto Constitucional en vigencia del artículo 53.

Lo cierto es que si la Asamblea Constituyente quiso dejar a la ley corriente la reglamentación de los "casos" -- en que se podía investigar la paternidad o la maternidad, -- no hubiera establecido en la redacción del artículo 53 citado, "que toda persona tiene el derecho a saber quienes son sus padres...", pues esta manera tan concreta en que lo establece, no admite otra interpretación que la literal, toda vez que al interpretarla del modo en que lo hizo el legislador se desnaturalizó el principio Constitucional tan digno de encomio.

Si la idea del Constituyente hubiere sido la de dejar a cargo de la ley corriente la reglamentación de los casos en que las personas podían ejercitar judicialmente el -

derecho de saber quienes son sus padres, lógicamente habria redactado diferente el indicado artículo 53. Pero lo cierto fue que al tratar el legislador de interpretar la disposición clara y terminante del citado texto Constitucional, se llegó a lo que fatalmente ocurre en casos similares, esto es, a desnaturalizar la norma restándole eficacia, dejando, en consecuencia, sin efecto los hermosos y justicieros principios de que "toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres", y el otro que dispone que "los padres tendrán con los hijos habidos fuera de matrimonio las mismas obligaciones respecto a los hijos matrimoniales".

Cabe argumentar, en ultimo término, que la frase "conforme a la ley" no viene sino a constituir una consagración, en este aspecto, al principio Constitucional enunciado en el artículo 41, de que: "Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar la reparación para las injurias o daños que haya recibido en su persona, propiedad o intereses morales..."

Queda, pues, en esta forma sentado nuestro criterio respecto a los rasgos generales de la situación que se comenta. Sin embargo, como evidente consecuencia de la realidad que se nos impone tratar en la legislación promulgada, en el análisis que seguiremos no habrá mas alternativa que contemplarla desde ese punto de vista, --siempre conserva--

dor en la materia- a partir del cual se harán nuestras pro-
posiciones.

Aun y cuando el Capítulo V, Título V, Libro Primero del Código Civil Patrio que venimos comentando, se titula: "Investigación de Paternidad y Maternidad", lo cierto es - que si hemos de atenernos a la significación literal del - término investigar: "hacer diligencias para descubrir una - cosa", fácilmente llegamos a la evidente conclusión de que en Costa Rica no existe la investigación de paternidad; pero sí la investigación de maternidad en tanto en cuanto no se trate de ejercitar la acción contra una mujer casada que viva con su marido, ya que en este caso como en los de paternidad lo que tenemos no es más que una "comprobación judicial de maternidad o de paternidad". En estas situaciones lo que se presenta son dos casos en que se viene a declarar judicialmente una maternidad o paternidad ya reconocida anteriormente por los respectivos padres (incisos 1º y 2º del art. 124 (1)), y dos casos en que se establece una presunción "juris tantum" de paternidad o maternidad, contra el autor de violación, rapto, estupro o incesto, y de quienes han vivido en concubinato por más de un año, existiendo en ambos casos coincidencia en la época de la concep-

(1) En forma semejante el art. 135 del Código Civil de España y muchas otras legislaciones.

ción en los términos del art. 100.

Por eso nos parece sumamente acertado el Código Civil Italiano, cuando al referirse a este aspecto nos habla de "declaración judicial de la paternidad", o de "acción de reconocimiento de la paternidad" (art. 267 y ss.); siendo ésta la terminología adecuada, y no la que impropriamente emplea nuestra legislación, al incurrir en el mismo error del código francés y de tantos otros Códigos que no se separan de esa terminología imprecisa.

Expuesto lo anterior, entramos ya a comentar cada uno de los incisos del artículo 124 que atrás ha quedado transcrito. El inciso primero dice que procede la "investigación" de paternidad:

"Cuando exista escrito en que el padre declare expresamente la paternidad".

Como se aprecia, aquí no se "investiga" realmente la paternidad, la que está de hecho reconocida, sino que se trata de "comprobar judicialmente" la veracidad del escrito del que expresamente se ha declarado padre de la criatura. Se persigue, pues, que lo escrito por el padre sea admitido y declarado judicialmente para que tal afirmación produzca los efectos legales correspondientes.

Ahora bien, el escrito en que se hace la afirmación

de paternidad debe reunir algunos requisitos que hagan evidente tal acerto, como sería por ejemplo, la designación de modo concreto, que no deje lugar a dudas, de la persona del reconocido, e igualmente debe revelar la afirmación de paternidad una voluntad expresa, inequívoca y deliberada de reconocer (1). Claro, que el escrito ha de provenir del padre contra el cual se quiere hacer valer. No requiriendo, por consiguiente, ninguna formalidad extrínseca. Esto es - que para el caso tienen tanto valor la correspondencia epistolar, aun y cuando sea dirigida a un tercero, que los papeles o apuntes privados procedentes del padre que hace la afirmación. De modo que también puede servir como "escrito" el reconocimiento declarado nulo por carecer de algún requisito de forma, para fundamentar una acción de "declaratoria de paternidad o maternidad". En cuanto al valor legal que pueda tener tal escrito, éste ha de quedar en todo caso sujeto al arbitrio judicial.

(1) El Tribunal Supremo de España declaró: "El hecho de inscribir una persona de su puño y letra a un menor en el libro particular destinado a inscripciones análogas de sus hijos y familia, dándole su apellido y consignando otros datos precisos, conformes con el contenido de la partida de bautismo, en la que se expresa ser dicho menor hijo natural de aquella persona, constituye un reconocimiento serio, deliberado y expreso del estado de hijo natural y de su posesión continuada en el mismo, que obliga al padre con arreglo al art. 135". (Sentencia de 10 de julio de 1894). También ha dispuesto dicho Tribunal que: "La carta en que una persona ofrece reconocer a una niña en su testamento, implica el reconocimiento expreso de la paternidad". (Sentencia de 16 de octubre de 1906).

También procede la "investigación de paternidad" según el art. 124:

"2º.- Cuando esté el hijo en posesión notoria de estado";

Aquí, como en el caso anterior no se trata de otra cosa más que de darle valor legal a una paternidad ya conocida, por lo que valgan los argumentos anteriores para este mismo caso(1).

Al referirnos al art. 112, hicimos relación a la posesión notoria de estado de los hijos de matrimonio; pero -

(1) Muscius Scaevola, comentando la situación semejante que presenta el artículo 135 en su aparte 2º, del Código español, dice: "...¿Por qué el hijo ha de probar la paternidad cuando ésta consta por actos directos del padre o de su familia? ¿Por qué una nueva justificación de su filiación natural si el hijo -y de este supuesto parte el Código- se halla disfrutando de la posesión continua de tal estado civil? ¿Qué reconocimiento más expreso - se quiere que la conducta del principal y directamente interesado? Permitir la investigación de la paternidad, como hace el Código en los dos primeros casos de este artículo, cuando ésta se halla demostrada, equivale a negar indirectamente tal derecho, puesto que en ambos - el reconocimiento queda al capricho y a la voluntad del padre. Quien deja un escrito afirmando la paternidad - de un hijo natural, o tiene a éste en su casa alimentándole y educándole, indica que no es un malvado, y puede asegurarse que tarde o temprano reconocerá al hijo de - alguno de los modos determinados en el art. 131. No es por tanto, respecto de estos padres contra los que hay que permitir la investigación, sino contra aquellos otros que ostentando tal carácter por su conducta viciosa o acaso criminal, hayan omitido conscientemente el - incurrir en alguno de los dos números del artículo".

aquí trataremos de la posesión notoria de estado de los hijos extramatrimoniales, que aunque tiene el mismo fundamento que aquélla, y por ende, la constituyen sus mismos elementos, no deja de tener sus características particulares. Cuando se trata de constatar judicialmente la posesión de estado concurrente en los hijos extramatrimoniales, habrá en no pocos casos que aguzar y sensibilizar la apreciación por parte del Juzgador, máxime cuando el padre, de cuya comprobación se trate, esté unido en matrimonio; en cuyo supuesto no es raro que sus relaciones con la familia extramatrimonial se desenvuelvan en un ambiente impregnado de cierta clandestinidad, dadas el sentido de ilicitud y reprobación que tienen tales uniones. Claro es, que esto no significa que en la apreciación de los elementos que la componen (nomen, tractus y fama) se proceda con ligereza. Siempre han de existir elementos de juicio capaces de producir certidumbre sobre la naturaleza de las relaciones de cuya comprobación se trata. Por lo cual, no es recomendable, en esta especie, llegar mediante el camino no muy claro de las presunciones y conjeturas a su determinación.

Al respecto nos parece oportuno transcribir algunos párrafos de nuestro máximo tratadista profesor Brenes Córdoba, cuyo contenido ha sido reiteradamente aceptado por la Jurisprudencia nacional: "En la especie, la notoria posesión de estado la constituyen los hechos que de

modo indudable demuestren que el presunto padre ha visto y tratado al hijo como propio y mostrado ostensiblemente con su conducta, que así lo considera, de suerte que entre vecinos y conocidos domine el concepto de la paternidad natural de que se trate. Por lo mismo, es de absoluta necesidad que de parte de la persona a quien la paternidad se atribuya, se hayan producido hechos claramente indicadores de que acepta la indicada paternidad; no bastando, en consecuencia, para tenerle como padre, con que así sea generalmente considerado, pues bien pudiera fundarse el concepto en falsas apariencias o en infundados rumores originados por la malicia, o acaso por el interés que la madre tuviere en que determinado sujeto sea tenido como padre - del hijo que élla hubiera dado a luz" (1).

Asímismo los tratadistas Planiol y Ripert indican: "La declaración judicial de paternidad es posible - cuando el hijo ha recibido del padre manutención y educación. Se mencionan los dos hechos porque el deber de educación incumbe al padre. Si solamente hubiese participado al mantenimiento del hijo sin cuidarse de su educación, no podría decirse que le había tratado como hijo suyo; y no se apreciaría el elemento de la posesión de estado en que descansa la acción. No se exige que el mantenimiento

(1) Tratado de las Personas, pág. 207.

y la educación hayan estado a cargo directo y exclusivo - del padre, pero tampoco los subsidios aislados o intermitentes son de tomarse en consideración". (1)

Nuestra Jurisprudencia ha procedido cautelosamente en la apreciación de la posesión notoria de estado. - Así, se dijo en la sentencia de Casación de las diez horas y cincuenta minutos del 19 de noviembre de 1940 que: "Para determinarla los jueces no se han ajustado a la regla consignada en el art. 113 del Código Civil, referente a la paternidad legítima, sino en lo que al respecto enseña la doctrina generalmente admitida, sea que aquélla ha de estar constituida por actos del padre, y de la familia de éste, en su caso, de tal naturaleza que revelen, a la vez que el convencimiento de la paternidad, la voluntad ostensible de tener y tratar al hijo como tal en los menesteres sociales y en los menesteres de la vida, no de manera accidental, sino continuadamente". En el mismo sentido, ouidadosa, exigente, en tan graves asuntos, que de suyo son propensos a que pueda el Juzgador proceder con liviandad en la determinación de la posesión de estado se ha pronunciado la Sala de Casación en sentencias de las 10 y 30 hrs. del 27 de julio de 1951; de las 15 y 30 hrs. de 11 de agosto de 1953; de las 16 hrs. de 6 de abril y de las 16 y 30

(1) Ob. cit. T. II, pág. 714.

hrs. de 25 de junio, ambas de 1954.

La Jurisprudencia española, tan aceptada en este respecto por nuestros Tribunales, también ha dispuesto que: "La posesión continua de estado de hijo natural ha de revelarse necesariamente por actos que demuestren con evidencia la voluntad del padre o de su familia, en su caso, de tener como tal hijo natural al que pretenda ese conocimiento obligado, tales como tenerlo en su casa, alimentarle y educarle en tal concepto, y otros análogos de tal valor y eficacia que acrediten cumplidamente que el hijo mantiene con aquel carácter relaciones constantes con el autor de sus días, y en defecto la familia de éste". (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1896).

Es ostensible que lo que caracteriza a la posesión de estado es el reconocimiento de hecho reiteradamente ejercitado por el padre sobre la persona del hijo. Por eso es indispensable que el progenitor tenga al hijo en la condición de tal, deduciéndose ello por el trato constante que dé a éste, tanto en lo privado como en lo público, de tal suerte que entre parientes, amigos y conocidos domine la certeza de la existencia de esas relaciones paternofiliales. Las que han de derivarse, repetimos, de actos emanados directamente del padre y no por simples deducciones; ya que la posesión de estado no es más que la volun-

tad del padre de aceptar ante la sociedad al hijo como suyo, y de ahí que se le considere como una confesión repetida de la paternidad. La posesión notoria de estado, tiene pues, por su propia naturaleza, un carácter objetivo, - por lo que sólo puede constituirse por actos del presunto padre que pongan de relieve su determinación de conceder al hijo tal calidad.

ES POSIBLE LA POSESION DE ESTADO EN EL "NASCITURUS"?

Conviene establecer si en nuestro derecho positivo es posible la configuración de la posesión notoria de estado en seres concebidos, esto es, en los "nasciturus". Nuestro criterio al respecto es absolutamente negativo. - Creemos que interpretando ampliativamente nuestro derecho, por parte de los Tribunales, bien puede llegarse a una "declaración judicial de paternidad" del concebido extramatri^{monialmente}, pero no fundada, precisamente, en la posesión notoria de estado (1). Como se ha dicho, los elementos que la integran -nomen, tractatus y fama- son de carácter eminentemente objetivos, por lo que existe evidente imposibi-

(1) El Código Civil suizo, que admite libremente la investigación de paternidad, dispone en su art. 308: "La acción puede ser ejercitada antes o después del nacimiento del hijo; pero debe serlo, lo más tarde, un año después del nacimiento".

lidad física para apreciarla sobre una "persona" que todavía no ha nacido. Ni aún fundando la acción que persiga la declaratoria judicial de paternidad basada en la posesión notoria de estado, en ~~nuestro~~ art. 13 de nuestro Código Civil, el cual dispone que: "la existencia legal de la persona física principia al nacer; pero el feto se reputa nacido para todo lo que le favorezca, y concebido trescientos días antes de su nacimiento..."

Fácil es observar que la posesión notoria de estado, en nuestro Código, como en el derecho comparado y - en la doctrina, ha de tener aplicación exclusivamente al hijo ya nacido, en quien el presunto padre puede concretar los hechos constitutivos de dicha posesión, tales como presentarlo a sus amistades y parientes como su hijo, alimentarlo, educarlo; y en fin, haciendo evidente su carácter de padre llevando a cabo todos los actos que tal condición impone en la crianza y educación del hijo. Situaciones, - que por demás está decirlo, no pueden tener realización en el "nasciturus" al imponerse la realidad, ni tampoco evidenciarse jurídicamente.

Nuestro Tribunal de Casación no ha fijado una pauta segura para determinar la solución en estos casos, pues sus fallos han sido contradictorios. Así en la sentencia de 15 horas y 15 minutos del 5 de octubre de 1955, admitió

ese Alto Cuerpo Juridiccional que podía invocarse posesión notoria de estado en un hijo por nacer, disponiendo textualmente que: "Los errores e infracciones que antes se reconocen condujeron a su vez a la de los artículos 13, e inciso 2º del 124, Código Civil, pues si la primera norma manda que el feto se reputa nacido para todo lo que le favorezca, y concebido trescientos días antes de su nacimiento, no ha podido dejarse de aplicar frente a los hechos ya indicados, implicativos de posesión notoria de estado en las únicas formas posibles durante el embarazo..." Pronunciamiento semejante se encuentra en la sentencia de dicho Tribunal, de las 15 horas y 30 minutos del 21 de diciembre de 1955.

En tanto que la mayoría de este Tribunal, cambió radicalmente de criterio en su sentencia de 15 horas y 30 minutos del 26 de octubre de 1956, al disponer que nuestro derecho positivo no permite investigar la paternidad de un hijo por nacer, basada en la posesión notoria de estado, - en virtud de estimar dicha mayoría, que ello es físicamente imposible. En dicha sentencia, entre otros fundamentos se expresó:

"Considerando: I.-a) La cuestión fundamental que debe decidirse en el presente litigio, es si legalmente se puede - investigar la paternidad ilegítima, basada en la posesión notoria de estado, de un ser que a la fecha del establecimiento de la demanda aún no había nacido, y cuyo presunto

padre era extinto en la citada oportunidad. b) Si se toma en cuenta que de acuerdo con el artículo 13 del Código Civil, la existencia legal de la persona física principia al nacer, y que la posesión de estado civil de un hijo es el goce público que tiene en la sociedad y en su familia, debe concluirse que ambas situaciones o circunstancias solo pueden darse cuando en realidad la persona ha nacido. Si bien el artículo 13 ya citado agrega que "el feto se reputa nacido para todo lo que le favorezca, y concebido trescientos días antes de su nacimiento", este precepto debe entenderse para efectos legales diferentes de la posesión notoria de estado, que nuestro legislador define con toda claridad en el artículo 113 *ibídem*, para evitar arbitrarias o erradas interpretaciones acerca de lo que debe entenderse por posesión notoria de estado, sea el trato que el supuesto padre haya dispensado a la persona cuya paternidad se investiga, proveyendo a su educación y establecimiento de un modo competente, presentándolo con ese carácter a sus deudos y amigos, a fin de que éstos y el vecindario de su domicilio, en general, lo hayan reputado como hijo de aquél. Mas para que las circunstancias enumeradas se produzcan, es indispensable que la persona de quien se trate esté ya nacida, desde luego que no sería posible recurrir a sutilezas ni a ficciones de derecho, para tener por producidas semejantes condiciones en un ser cuya vida apenas se encuentra en gestación. La doctrina que comenta disposiciones legales similares a las nuestras, se ha mostrado radical en cuanto al concepto que se tenga del estado civil del hijo extra-matrimonial y, especialmente sobre el trato que le dé su presunto padre, porque éste es el medio más seguro que tienen los jueces para establecer el parentesco investigado. Ese trato no lo puede constituir la simple suposición que se tenga de una paternidad clandestina, ni ésta se debe deducir tampoco de hechos ambiguos o aislados, sino de una serie de actos directos y positivos, que produzcan en los jueces la firme convicción de que el padre dió a su descendiente el trato familiar que le corresponde, pues en el fondo la posesión notoria de estado constituye un reconocimiento tácito. De lo que viene dicho, resulta que sería insuficiente para el caso admitir las presunciones o los rumores más o menos acentuados acerca de la discutida paternidad, ya que tan inseguros medios probatorios podrían dar lugar a verdaderas sorpresas, provenientes de la aceptación hipotética que se hiciera de determinado embarazo. Como dato ilustrativo es bueno agregar que el Código Civil de la República del Uruguay, promulgado en 1949 -que es uno de los más evolucionados de la América Latina- exige una posesión notoria de diez años continuos, por lo menos, para poder investigar la paternidad, e igual norma establece el

Código Civil de Chile. Nuestra ley al respecto es menos exigente, porque no requiere que la posesión notoria de estado sea decenal; sin embargo, es indudable que la prueba de la acción debe estar constituida por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo indudable. El Código Civil de España en los artículos 29, 30 y 135, inciso 2º, contiene reglas muy similares a las prescritas en los artículos 13 y 124, inciso 2º de nuestro Código Civil, por lo que resulta interesante transcribir la doctrina que sobre el punto en estudio ha mantenido, en reiteradas ocasiones, el Tribunal Supremo de dicho país; doctrina que en lo conducente dice: "El concepto de la posesión del estado de hijo natural lo integran, como elementos esenciales, el disfrute por parte del hijo de las prerrogativas de orden afectivo, ético, jurídico y social inherentes a la filiación, y el ejercicio por parte del padre de la autoridad y funciones propias de la paternidad, y, así aquel disfrute como este ejercicio, de manera permanente, indubitada y pública". (Doctrina Civil del Tribunal Supremo, Tomo I, página 611, por el Dr. Manuel Rodríguez Navarro). El Tribunal Supremo de Justicia de la República de Cuba, cuyo Código Civil también contiene normas equivalentes a las nuestras, ya mencionadas, en sentencia número 20 de 18 de abril de 1903, declaró: que la posesión de estado de hijo natural es inconcebible tratándose de un póstumo; deduciéndose de esto que para alegar la posesión de estado de hijo natural es necesario haberla disfrutado, después de nacido; agregando, que al afirmar la Sala sentenciadora que la posesión de estado de hijo natural presupone la vida extrauterina, no ha infringido disposición alguna del Código Civil. (Las Personas, Tomo II, pág. 277 por el Dr. Eduardo Rafael Núñez Núñez)".

"II.- ... Mas no deben confundirse las circunstancias que puedan originar la creencia de que determinada persona sea hija de otra (situación por sí sola de escasa trascendencia jurídica), con la serie de hecho directos y continuados de modo indiscutible revelen el parentesco, por la voluntad ostensible y definida del presunto padre de tener y tratar al presunto hijo como tal, en las relaciones sociales de la vida, que en resumen deben responder a la clásica fórmula tripartita: nombre, trato y fama. El mencionado Tribunal Supremo Español, en sentencia de 25 de febrero de 1927, declaró: "que una cosa es probar el hecho de las relaciones ilícitas, otra el de la posesión constante de estado de hijo natural que dé lugar al reconocimiento forzoso, y otra el de que por las relaciones ilícitas se engendró el hijo, y el citado varón es, sin duda, su padre, misterio que se escapa de la relación jurídica de-

finida por el legislador". (Obra citada, pág. 626)."
"III.- ... Finalmente es de hacer notar que aún cuando el artículo 53 de la Constitución Política establece que "toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres, conforme a la ley", la acción ejercitada no se ajusta a lo dispuesto en el inciso 2º del aludido artículo 124, desde luego que su texto no contempla la posesión notoria de estado en la forma pretendida por la demandante; siendo de advertir en este punto, que si bien nuestra ley no define la posesión notoria de estado del hijo natural, la jurisprudencia nacional ya tiene declarado que, por analogía, debe estarse a lo dispuesto, fundamentalmente, en el artículo 113"...

La minoría de nuestra Sala de Casación, al salvar su voto de la anterior sentencia, entre otras razones expuso:

"Considerando II.- ... El error proviene indiscutiblemente, de equiparar la posesión notoria de estado a que se refiere el artículo 113 del Código Civil, que alude a la filiación del hijo nacido de matrimonio, a la que se requiere para la investigación del vínculo del procreado en una relación extramatrimonial exigida por el inciso 2º del 124 ibídem, pues las situaciones de hecho en ambos casos son totalmente distintas y en particular si el caso en debate es como el presente, en que el acreedor al derecho es un hijo póstumo a quien no se le podría exigir una prueba imposible, a menos de que se le quisiera negar a todo trance su derecho, pues en estos casos, como expresó la sentencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, de 22 de setiembre de 1925, "la posesión de estado del hijo póstumo se confunde con la vida en común hecha con la madre, y todos los actos dirigidos a la misma se deben aplicar al hijo que lleva en su seno". (Derecho de Familia, José - Arias, página 340)".

No compartimos en absoluto esta última jurisprudencia citada, ya que al querer comprender la posesión notoria de estado al grado "de confundirla con la vida en común hecha con la madre", no se hace otra cosa más que desnaturalizarla en sus fundamentos.

Es lamentable, que en casos como el que comprende de la sentencia cuyos párrafos hemos dejado transcritos, se les limite a los hijos el derecho de saber quienes son sus padres, motivo por el que nos hemos mostrado en desacuerdo con la ley 1443 que no dió cabida a la libre investigación de paternidad, y en tanto no lleguemos a esta situación no habrá más remedio que acatar la ley, pues siempre es preferible cumplirla, aún y cuando se esté en contra de la equidad, que en violarla.

En el derecho francés puede ser ejercitada la acción de "investigación de paternidad" antes del nacimiento del hijo por la mujer encinta, en virtud de la regla "infans conceptus..." a condición de que la madre haya reconocido al hijo anticipadamente. Ahora bien, este ejercicio prematuro de la acción es imposible en los casos en que la ley se refiere a la época de la concepción, puesto que ésta no puede calcularse más que por la fecha del alumbramiento (1)

El inciso 3º, del artículo 124 en comentario, permite también la "investigación de paternidad" en las las

(1) Planiol y Ripert, Ob. cit. T. II, p. 728 y s.

siguientes situaciones:

"Cuando en caso de estupro, violación, rapto o incesto, la época de la concepción coincida con la del hecho punible en los términos del artículo 100; y cuando en el caso de unión de hecho pública, singular y estable por más de un año de los padres, exista igual coincidencia".

El primer caso expresa una "presunción juris tantum" de paternidad contra el autor del hecho punible, y a la cual pareciera no ser posible oponer otra excepción mas que la de no haberse realizado la concepción dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento. Para entablarse la acción de "declaratoria de paternidad" con fundamento en esta situación, es requisito "sine qua non" la existencia previa de una sentencia penal, en que se le atribuya al presunto padre el haber sido sujeto activo del delito de estupro, violación, rapto o incesto; puesto que es privativo de los Tribunales Penales la calificación y apreciación de tales hechos. Una vez probado el hecho punible en relación, debe demostrarse que la concepción tuvo lugar en la época a que se refieren las presunciones legales del artículo 100.

Pareciera que nuestro Código sigue la idea de la legislación española, al imponer en estos casos, la

paternidad como sanción suplementaria al delincuente. Otras legislaciones contemplan esta situación de un modo más - acertado; así por ejemplo, la uruguayana dispone, que: " El demandado, además de las excepciones de derecho común, podrá excepcionarse contra la acción, probando: que durante el período legal de concepción la madre observaba notoria mente conducta deshonestas o mantenía comercio con otro in dividuo, o que durante el período de concepción le ha sido físicamente imposible tener acceso con la madre" (art. 247 Cód. Civ.). En forma semejante tratan el punto el Código francés, (art. 340), y el Código suizo, (art. 314 in fine).

El segundo caso contemplado en la disposición - que comentamos constituye una innovación en nuestro Código, que amplía -aunque no de la mejor manera como lo expondremos- las situaciones en que es dable la "declaratoria judicial de paternidad" con fundamento en otra presunción semejante a la anterior. Situación ésta que no es - más que la aceptación y regulación, en cuanto a las relaciones paterno-filiales, que por fin se ha decidido a contemplar el legislador del hecho real del concubinato (1).

(1) Los tratadistas Planiol y Ripert al comentar un principio semejante en el Código francés, dicen: "...Los autores de la ley no se han inspirado en precedente alguno, hicieron una innovación asaz atrevida, renunciando por primera vez al criterio del legislador de

Para que esta unión concubinaria pueda utilizarse como prueba de la filiación extramatrimonial requiere varias circunstancias: en primer término tal unión ha de ser pública, sea que tales relaciones no se lleven en secreto, por el contrario, han de ser notorias para las amistades y vecindario de los concubinos, quienes tendrán pleno conocimiento de tales relaciones. Esta condición no tiene como propósito el aumentar el valor de la presunción de paternidad, que se deriva de tal unión, sino que persigue hacer más evidente la seriedad de las acciones que por este motivo se intenten, evitando al mismo tiempo, en lo posible, las que injustificadamente puedan plantearse. Además, tal unión ha de ser singular, entendiéndose tal acepción en el sentido de fidelidad por parte de la mujer, es decir que las únicas relaciones que ésta tenga, hayan sido con el presunto padre. El concubinato ha de ser estable por más de un año, esto es ininterrumpido; y por último debe existir coincidencia, del período en que se de-

ignorar el hecho social del concubinato. En sí el concubinato no es una prueba directa de paternidad, solamente lo hace verosímil como ocurre con el rapto, violación e incesto. Es una presunción cuyo valor está sujeto a la certeza de la fidelidad de la amante hacia el demandado, ya que para ella no existe el deber de fidelidad tal y como se le impone a la mujer casada; será una presunción que no tendrá otro valor que el que le otorguen las circunstancias de hecho del concubinato". Ob. cit. T. II., p. 712.

sen vuelvan tales relaciones con la época en que se presume ocurra la concepción.

En cuanto a la circunstancia de que la unión ha de ser estable por más de un año, amerita en nuestro concepto una reforma, susceptible de coexistir sin chocar -- contra los límites aun conservadores que mantiene nuestra legislación, la que comprendería con un sentido más realista el hecho del concubinato, prescindiendo para tal -- efecto que la estabilidad de esa unión ha de darse por el término de un año como mínimo, para poderse plantear la -- acción correspondiente. Esta situación debe ser regulada como lo hacen algunos Códigos, en el sentido de que pueda ser declarada la paternidad judicialmente "cuando el pretendido padre haya vivido en concubinato notorio con la -- madre, durante el período de la concepción", tal y como -- lo hacen, entre otros, el uruguayo (art. 241, inc. 4º), el mejicano (art. 383.), italiano (art. 267), francés (art. 340), suizo (art. 314), alemán (art. 1717), etc.

"El concubinato notorio, --dice Bonnecase-- durante el período de la concepción, que constituye el cuarto caso de investigación de la paternidad ha originado graves dificultades en la jurisprudencia. Sin embargo, se -- ha resuelto la cuestión en forma favorable al hijo. Es -- así como se encuentra la fórmula siguiente en una senten-

cia de la Corte de Apelación de Potiers de 18 de febrero de 1933, "La continuidad, la estabilidad, la notoriedad y la exclusividad de las relaciones íntimas durante el período de la concepción, que bastando para caracterizar el concubinato, permiten declarar judicialmente la paternidad fuera de matrimonio, no implican necesariamente la cohabitación entre los concubinos". Por su parte la Corte de Casación admite que el concubinato no implica necesariamente que los amantes tengan habitación común. Es necesario y suficiente, que la continuidad, estabilidad y exclusividad de sus relaciones sean notorias. - (Cas. 20 de julio de 1931. S. 31. I. 342)" (1).

Nuestro Tribunal de Casación tuvo ya oportunidad de pronunciarse sobre el referido principio en sentencia de las 16 horas del 30 de mayo de 1957, disponiendo en su considerando cuarto lo siguiente:

"Para interpretar el calificativo de singular, que el legislador requiere en la unión de hecho de los padres, para que en conjunto con la de pública y estable, dé cabida a la investigación de la paternidad ha de penetrarse la idea que anima esa regla. Desde luego al hacer ese examen, el hermeneuta ha de tener por ciertos tres motivos - que impulsaron al legislador a prever las diversas situaciones a que se refiere el artículo 124 del Código Civil (1) Ob. cit. T. I., p. 607.

en sus tres incisos, y en especial a la que figura al final del inciso 3º, que es la innovación que introduce la ley Nº 1443 citada, para la investigación de la paternidad; el primero es que el legislador se vió abocado a desarrollar, reglamentándola, la garantía social contenida en el artículo 53 de la Constitución Política que dió el derecho a los hijos de investigar quiénes son sus padres, derribando así la valla de prohibición que contenía el Código Civil de 1888, y las limitaciones injustas que establecía para ciertos hijos; el segundo motivo fue la clara comprensión que tuvo el legislador de la condición humana, que hace que haya padres que aunque tengan conciencia de serlo de hijos habidos extramatrimonialmente, en obediencia a prejuicios sociales no pregonan ni hacen ostensible su paternidad, imposibilitando a los hijos investigarla por posesión notoria de estado; para que puedan hacer esa investigación el legislador proporciona a esos hijos tres medios: uno que puede demostrar su filiación con escrito en que el padre de un modo expreso manifieste su paternidad (inciso primero del artículo 124 en comentario); otro, que habiendo sido concebidos en casos de estupro, violación o incesto, la época de la concepción coincida con la del hecho punible en los términos del artículo 100 (del Código Civil); y otro que haya sido engendrado en unión de hecho de sus progenitores que sea pública, singu

lar y estable y que haya mantenido por más de un año. Para interpretar la intención del legislador al requerir - esa calidad de singular en la unión de hecho, además de - atender la idea que dejó impresa en todo el artículo 124 en examen, no debe dejarse de lado la conexión que tiene el párrafo final del inciso 3º de ese artículo con las disposiciones antecedentes del mismo inciso. Por alguna razón el legislador no hizo inciso aparte de dicho párrafo final; y la conexión se ve en la relación de la concepción en los términos del artículo 100 del Código Civil, con el hecho que la ha producido; en la primera regla del inciso es el hecho punible del estupro, violación, rapto o incesto; en el párrafo final referido es el hecho de una relación concubinaria de los padres, que hace muy fuerte la - presunción de paternidad. Y si sobre esa certeza es que la referida disposición legal abre el campo a la investigación, la singularidad de la relación de hecho, es que - siendo pública y estable, la mujer en todo el lapso de más de un año no haya tenido relaciones carnales con otro varón. Eso es lo singular de la relación de hecho; lo que da la presunción de que el hijo concebido por la mujer es hijo del amante a quien ha sido fiel, porque en tan particulares condiciones, el hijo nacido en los términos - indica el artículo 100 del Código Civil, biológicamente tiene que serlo del hombre que se ayuntó con la madre. -

Interpretar como lo hizo la mayoría de la Sala, que el calificativo singular se refiere a que la relación de hecho ha de ser única, en el sentido de que el hombre no esté casado, y aún podía haber agregado que no mantenga otros concubinatos, sería desviarse de la razón que tuvo el legislador al usarlo en la ley, que no es otra que la de requerir en la relación de hecho, que no se preste a una confusión de paternidad. Confirma este criterio, y es argumento que se opone a la calificación que le da la Sala al término singular en comentario, el derl artículo 123 del Código Civil, que en principio permite la investigación de maternidad, pero con esta salvedad: "si la mujer estuviese casada y viviere con su marido"; pero no obstante esa limitación faculta a los hijos para investigar la maternidad, "en los casos que señala el artículo 124", -sin excluir el que figura en la parte final del inciso 3º de ese texto legal-, lo que quiere decir, que una mujer casada que no viva con su marido, y mantiene un concubinato público y estable por más de un año, da a sus hijos extramatrimoniales el derecho de esa investigación, razón de más que aclara, que la singularidad que requiere esta disposición legal, no es la que estima la Sala de instancia".

TERMINO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCION

Finalmente viene a disponer el artículo 126 (1) del Código Civil Patrio la regulación de los términos dentro de los que puede ser ejercitada la acción de "declaratoria judicial" de la paternidad o maternidad extramatrimonial, de la manera siguiente:

"La investigación de paternidad o maternidad, tratándose de hijos mayores, podrá intentarse en cualquier momento en vida de los padres o a más tardar dentro del año siguiente al fallecimiento del progenitor. Si los padres fallecieron durante la minoridad del hijo, podrá intentarse la acción, aún después de la muerte de aquéllos, con tal que se ejercite antes de que el hijo haya cumplido veinticinco años. En el caso de que el hijo encontrare un documento escrito o firmado por los padres, en el cual éstos expresen su paternidad, podrá establecer su acción dentro de los dos años siguientes a la aparición del documento si fuere emancipado o mayor de edad; y dentro de los dos años siguientes a su mayoridad, si fuere menor en la fecha en que apareciere el documento.

Lo dispuesto en este artículo ha de entenderse sin perjuicio de las reglas generales sobre prescripción de bienes".

Es común que las legislaciones sometan a plazos breves el ejercicio de estas acciones, lo cual tiene por objeto el hacer más seguras las pruebas que se aporten,

(1) El artículo 125 se encuentra derogado.

ya que es un hecho palpable en la práctica judicial que - el transcurso del tiempo suele, muy corrientemente, desfigurar los hechos, sobre todo aquéllos que han de demostrar se mediante el aporte de prueba testimonial la que puede fácilmente amañarse. También se persigue el evitar que - una persona pueda permanecer indefinidamente bajo la "amenaza" de una acción de investigación que en forma de chantaje puede ser usada en su contra.

No dice expresamente este artículo a quien co-- rresponde el ejercicio de estas acciones, ni tampoco contra quiénes han de estar dirigidas, sin embargo, hay que inferir que en todo caso corresponden al hijo, y que ella habrá de dirigirse contra el respectivo progenitor, siem-- pre y cuando éste esté con vida, pues de lo contrario ha-- brá de ser diferida en contra de los herederos del respec-- tivo padre.

Se establecen varios supuestos dentro de los - cuales puede intentarse la respectiva acción, así, en primer término podría plantearse en cualquier momento en vi-- da de los padres sin sujetarse, en este caso, a plazo algu-- no. Habiendo fallecido el padre o madre, la acción sólo - prosperará si se deduce a más tardar dentro del año siguiente al fallecimiento. Solución esta última bastante acertada por cuanto parece comprender el caso de que manteniendo

el hijo buenas relaciones con su respectivo padre en vida de éste, y no habiendo sido reconocido, podrá el hijo después de la muerte de aquél y dentro del plazo dicho, - intentar la acción correspondiente; solución que implica el no obligar al hijo a litigar en contra de su progenitor mientras éste viva. La legislación alemana establece a este respecto que la declaración de legitimidad no podrá hacerse después de muerto el padre, a menos que éste hubiera ya formulado su petición ante la autoridad competente, o que estuviera pendiente su presentación ante dicha autoridad (art. 1733 Cód. Civ.)

Durante la minoridad del hijo puede intentar la acción quien lo pueda representar judicialmente, pero si los padres fallecen durante su minoridad, el plazo de un año, que se comenta en el párrafo anterior, puede ser prorrogado hasta que el hijo cumpla veinticinco años de edad. Y si apareciere un documento escrito o firmado por los padres, en el que éstos expresen su paternidad, el hijo podrá intentar la acción durante los dos años siguientes a la aparición de dicho documento. Sin embargo, si cuando el documento apareció el hijo era menor, también podrá intentarse aquélla durante los dos años siguientes a su emancipación o a su mayoría, esto es, que no podrá después de los veinte años ni después de los veintitrés años - -

(1) según fuera o no emancipado intentar dicha acción, reduciéndose para esta razón el plazo que hasta los veinticinco años de edad del hijo se concede en el caso en que no existiera documento (2)

Hay algunos aspectos en relación con esta norma que pueden dar lugar a algunas contradicciones. Así por ejemplo, cabe preguntarse si los descendientes del hijo extramatrimonial pueden investigar la maternidad de su padre, o pedir la "declaratoria judicial" de paternidad también con respecto a su padre? En cuanto al primer planteamiento la contestación afirmativa se impone con vista en

-
- (1) En el derecho patrio el hijo se puede emancipar a los 18 años, y se es mayor de edad a los 21 años.
 - (2) El Cód. Civ. español dispone que la acción sólo puede intentarse en vida de los padres, pero si éstos murieren en la minoridad del hijo, aquélla podrá intentarse hasta cuatro años después de su mayoridad. Y en caso de aparecer documento de que antes no se hubiere tenido noticia, en el que los padres reconozcan expresamente al hijo, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes a tal hallazgo (art. 137).

El Cód. Civ. suizo, establece que la acción debe ser ejercitada lo más tarde un año después del nacimiento del hijo (art. 308).

El Código italiano concede dos años a partir de la mayoridad de edad, y dos años más, en su caso, a partir de la sentencia o aparición del documento (art. 271).

El de Portugal no fija plazo alguno. Del Código brasileño (arts. 363 y 364) se desprende que no existe limitación alguna de tiempo para el ejercicio de tales acciones.

El mejicano, sólo concede ambas acciones al hijo y durante la vida de los padres; y si éstos hubieren muerto durante su minoridad, la acción podrá entablar se dentro de los cuatro años siguientes a su mayoridad. (art. 388).

el párrafo primero del artículo 123 ya comentado, y siempre y cuando tales descendientes hagan uso de la acción - dentro de los plazos y condiciones que establece este artículo 126. Mientras que en el segundo planteamiento, no podrán los descendientes del hijo extramatrimonial ejercitar la "acción de declaratoria judicial de paternidad", - salvo el supuesto en que el causante tuviera ya planteada dicha acción antes de ocurrir su fallecimiento, en cuyo caso sí podrían continuar la tramitación sus descendientes. (1).

En relación a las características que debe reunir el "documento" serán las mismas que indicamos respecto al inciso primero del artículo 124, por lo que nos remitimos a lo que en esa ocasión dejamos expuesto; aunque si bien, aquí es necesario que no transcurran dos años - después de la aparición del documento, o después de la eman

(1) En el derecho español también se presenta cuestión en este punto. El tratadista Espín Cánovas dice al respecto lo siguiente: "En cuanto a los descendientes - del hijo natural en nuestra doctrina, ante el silencio del Código, se sustenta por De Buen, que debe atribuirseles la facultad de ejercitar la acción por analogía con lo dispuesto por el artículo 118 para la acción de reclamación de filiación natural, si bien hay que advertir, a nuestro juicio, que este precepto se refiere a los herederos". Y cita en favor de la atribución de la acción de los descendientes del hijo natural a De Buen y a Manresa; y contra de tal opinión a Scaevola, que se basa en el silencio del Código, - pero que propugna su interpretación en sentido afirmativo" Ob. cit. p. 255.

cipación o de la mayoría del hijo, si apareció durante su minoridad. El comentarista Soaveola refiriéndose a este aspecto que en forma semejante lo contempla el artículo 137 del Código Civil español, se pregunta si "¿Ha de llevarse el rigor del requisito hasta el extremo de denegar la paternidad, si se prueba que el hijo tuvo conocimiento del escrito durante la vida de sus padres?"; y luego él mismo se contesta que "acaso la omisión del hijo sea debida a un injusto respeto hacia su padre o su madre, y resultaría arbitrario por esta causa y, en general, por circunstancias extrañas al punto principal, o sea la confesión por la madre o el padre de la identidad del hijo, que se privase a éste del beneficio que la ley le concede. Además, no hay que olvidar el principio jurídico de que las leyes deben restringirse en lo odioso y ampliarse en lo favorable, de perfecta aplicación al caso presente, dado que resultaría odioso el que se restringiera la ley hasta el extremo de negar un derecho sagrado por falta de un requisito accidental" (1).

Finalmente el último párrafo del artículo 126 - constituye un precepto de suma conveniencia, que trata de evitar surjan incertidumbres sobre el derecho de propiedad de los bienes adquiridos en herencia por los herederos

(1) Ob. cit. pág. 423. t. III.

ros "legítimos", en caso de que el causante tuviera algún hijo extramatrimonial el cual no ejercitara la acción de declaratoria de paternidad durante los diez años siguientes a la muerte de su presunto padre, (por ser menor o por no haber sabido antes de ese tiempo de la existencia de documento alguno respecto a su paternidad), pues según la norma del artículo 868 del Código Civil, "Todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años". Pero esta norma será aplicable, como el mismo artículo 126 lo permite, únicamente en relación a los derechos patrimoniales que de la herencia abintestato pudieran corresponderle al hijo, y aún de su derecho -si fuera menor- a exigir alimentos a la sucesión, ya que en cuanto a la acción de investigación de la maternidad o a la "declaratoria judicial de paternidad" se rigen por los plazos especiales de este artículo 126.

C O N C L U S I O N

Hemos visto a través del análisis de los veintisiete artículos de nuestro Código Civil en los que expresamente se regula la Paternidad y Filiación, que no guardan entre sí la armonía apetecida en todos sus aspectos. Máxime partiendo de nuestro particular punto de vista en consideración a lo que creemos fué la idea del Constituyente de 1949, que enunció el principio que "los padres tienen con sus hijos nacidos fuera de matrimonio las mismas obligaciones para con los habidos en él, y que toda persona tiene derecho a saber quienes son sus padres conforme a la ley"; pues como se ha expuesto, la Ley 1443 al reformar el articulado correspondiente del Código, no siempre permite a las personas ejercitar judicialmente tales derechos. En todo caso, fué un avance notable el conquistado en nuestro ordenamiento respecto a la protección jurídica que le brinda a los hijos extramatrimoniales, al equiparárseles, cuando conste debidamente su filiación, a los hijos nacidos en matrimonio.

A lo largo de nuestros comentarios tuvimos que adoptar algunas posiciones particulares que se separan de la doctrina tradicional; pero es que nuestra legislación al asumir esas características propias, requiere por consiguiente, ser nutrida de consideraciones singulares. Sin embargo, conviene dejar constancia, que esto no quiere decir que nuestras ideas sobre el particular sean las más acertadas y, en consecuencia, las únicas con valor para llegar a la solución adecuada. No. De ningún modo. Ellas no pueden ir más allá de lo pretendido: manifestar nuestro criterio y dejar constancia de la preocupación que sentimos para que las instituciones comentadas regulen en forma más satisfactoria los derechos de las personas en razón de su nacimiento.

En esa tarea que nos impusimos, se señalan los puntos que merecen ser revisados por el legislador; también nos atrevimos a dar la solución de algunos casos que en la realidad pueden presentarse. Usamos el verbo "atrevir" porque somos conscientes de nuestra poca práctica en materia profesional, lo cual no nos ha proporcionado el conocimiento debido para tratar con más propiedad tales soluciones.

En todo caso, quedan patentes en esta Tesis Doctoral nuestras preocupaciones surgidas al analizar el de-

recho vigente. Y satisfechos quedaríamos si el día de ma
ñana éllas puedan contribuir para que el Legislador Costa
rricense emprenda la revisión de las normas que regulan -
las instituciones comentadas.

Madrid, Marzo de 1959.

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO GARCIA, Manuel "El Reconocimiento de la Filiación Natural". Edit. Bosch, Barcelona, 1954.
- ANGULO LAGUNA, Diego "Condición Jurídica de los Hijos Ilegítimos". 2ª edic., Madrid, 1906.
- AUBRY Y RAU. "Curso de Derecho Civil Francés". Edic. de la traducción española.
- BAUDRY- LACANTINERIE "Elementos de Derecho Civil". Traducción española.
- BOLAÑOS E, Pilar "La Investigación de Paternidad". Tesis de licenciatura, Rev. del Colegio de Abogados de C. Rica, num. 72, Diciembre 1951.
- BONNECASE, J. "Elementos de Derecho Civil". Traduc. española, Edit., Puebla, Méjico, 1945.
- BORRACHERO "Reconocimiento Sucesivo de Hijos Naturales". Rev. Derecho Privado Española, 1953.
- BRENES CORDOBA, Alberto "Tratado de las Personas". Edit. San José, Costa Rica, 1936.
- CARDO C., Tomás "La Filiación", Tesis Doctoral, Madrid, 1910.
- COLIN Y CAPITANT "Curso Elemental de Derecho Civil". Traducción española, Edit. Reus, 1922.

- CICU, Antonio "La Filiación". Traducción española, 1ª. Edición.
- DE BUEN, Demófilo. "Notas de la Traducción Española a la obra citada de Colin y Capitant.
- DE CASTRO, Federico "Derecho Civil de España" Edit. Inst. de Estudios Jurídicos, Madrid, 1952.
- DE DIEGO, Clemente "Instituciones de Derecho Civil". Madrid, 1930.
- ESPIN CANOVAS, Diego "Manual de Derecho Civil de España". Edit. Revista Dcho. Privado, Madrid, 1956.
- LAURENT. "Principios de Derecho Civil Francés". Trad. española. - Edit. Puebla, Méjico, 1912.
- MALDONADO Y FERNANDEZ DEL TORCO, José "La Condición Jurídica del - "Nasciturus" en el Derecho Español". Inst. de Estudios Jurídicos, Madrid, 1946.
- MANRESA Y NAVARRO, José Ma. "Comentarios al Código Civil Español". Edit. Reus, Madrid, 1956.
- MUÑOZ MORALES, Luis "Reseña Histórica y Anotaciones al Código Civil de Puerto Rico". Edit. U. de Puerto Rico, 1947.
- NOVOA, Seoane. "El Reconocimiento de los Hijos Naturales en Testamento". Revista de Derecho Privado, Madrid, 1915.

- PICADO GUERRERO, Antonio "¿Consagra la Constitución la Libre Investigación de la Paternidad?. Rev. del Colegio de Abogados de C. Rica, núm. 76, Abril de 1952.
- PLANAS Y CASALS. "Derecho Civil Español, Común y Foral", Barcelona, 1925.
- PLANIOL Y RIPERT. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Traducción española, Edit. Habana, 1946.
- PLANITZ, Hans "Principios de Derecho Privado Germano". Traducción Española, Editorial Bosch, Barcelona, - 1957.
- PUIG PEÑA. "Tratado de Derecho Civil Español", Edit. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1946.
- ROYO. "Derecho de Familia". Editado en Sevilla, 1949.
- SALAS MIRANDA, Arnoldo "Equiparación Legal de los Hijos Naturales, Adulterinos, Incestuosos y Sacrilogos". Tesis de Licenciatura, U. de Costa Rica, Edit. Rev. del Colegio de Abogados de C. Rica, número 84, Diciembre, - 1952.
- SANCHEZ ROMAN. "Estudios de Derecho Civil". Segunda Edición, Madrid, 1898.
- SCAEVOLA, Muscius "Código Civil" (Comentado y concordado y puesto al día por - F. Ortega Lorca). Editorial - Reus, Madrid, 5ª. Edic. 1942.

- 229 -

VALVERDE,

"Tratado de Derecho Civil Es
pañol". 3ª. Edición, 1926.

--oOo--